

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
CURSO DE DIREITO**

**PAULO ANDRÉ DIAS DE OLIVEIRA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA  
FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL**

**JOÃO PESSOA**

**2017**

**PAULO ANDRÉ DIAS DE OLIVEIRA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA  
FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito do Centro  
de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba, como exigência parcial  
requisito da obtenção do título de Bacharel  
em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Ma. Danielle da Rocha Cruz

**JOÃO PESSOA**

**2017**

Oliveira, Paulo André Dias de.

O48i      A inconstitucionalidade da coleta de material biológico para fins de  
persecução penal em sede de inquérito policial / Paulo André Dias de  
Oliveira. – Santa Rita, 2017.  
94f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.  
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. M<sup>ª</sup>. Danielle da Rocha Cruz

1. Não auto-incriminação. 2. Investigação Preliminar. 3. Coleta de  
DNA. I. Cruz, Danielle da Rocha. II. Título.

**PAULO ANDRÉ DIAS DE OLIVEIRA**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA  
FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL EM SEDE DE INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito do Centro  
de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba, como exigência parcial  
requisito da obtenção do título de Bacharel  
em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Ma. Danielle da Rocha Cruz

Banca Examinadora:

Data De Aprovação: \_\_\_\_\_

---

Professora Ma. Danielle da Rocha Cruz (Orientadora)

---

(Examinador)

---

(Examinador)

À minha família, principalmente à minha mãe que sempre esteve me apoiando; aos professores que contribuíram imensamente com seus conhecimentos e humanidade, em especial minha orientadora e aos amigos desta caminhada.

## **AGRADECIMENTOS**

Devo singularmente gratidão a Deus por ter me reservado saúde e fé nesta conquista, apesar das dificuldades, mas sempre me mantive otimista.

A esta instituição que por meio de seu corpo docente humanístico obtive uma formação basilar crítica e abrangente para qualquer rumo que almeje trilhar.

À minha família, especialmente à minha mãe que sempre esteve presente e contribuiu por demais com esta vitória que tem um significado enorme para todos nós, pois a partir dela se abrirão novas possibilidades.

À minha orientadora com quem sempre mantive respeito e estima, sentimento oriundos de empatia espontânea durante as oportunidades proporcionadas pelas disciplinas ministradas, apontando compartilhamento de ideias e conhecimentos uníssomos.

Aos amigos, os quais conquistei durante esse período de minha vida, que reciprocamente demonstramos grande admiração e com os quais aprendi muito e também recebi apoio quando precisei nos momentos difíceis.

E ainda, a todos com quem mantive contato, direta e indiretamente, que de certa forma contribuíram para que o ambiente acadêmico tivesse um clima familiar e propício aos estudos.

## RESUMO

Este é o trabalho de conclusão de curso de Direito do Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita/PB, da Universidade Federal da Paraíba, cujo tema é a discussão em torno do que preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange a violação da intimidade, a privacidade, a liberdade ambulatorial, a honra e os direitos fundamentais diante da produção probatória a partir da coleta de material biológico para fins de comparação de perfil genético, trazido pela Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, a qual se trata de numa legislação inidônea, pois não oferece parâmetros regulamentares de medidas invasivas, infringindo à dignidade da pessoa humana. Este procedimento de identificação criminal ocorre compulsoriamente em pessoas condenadas criminalmente e em indiciados em sede de inquérito policial, obviamente uma violação aos direitos fundamentais, os quais além de caracteristicamente serem irrenunciáveis, haja vista a referida lei, ter aparentemente os pressupostos de legalidade, judicialidade e proporcionalidade não apresenta fundamentação teleológica, além de negligenciar os requisitos de execução das medidas, favorecendo o escalabro ao *nemo tenetur se detegere* e, por conseguinte desestruturando o sistema processual penal acusatório, culminando com o debate sobre a constitucionalidade da nova identificação genético criminal.

**Palavras-chave:** não auto-incriminação; investigação preliminar; coleta de DNA.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 BREVES COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO CRIMINAL.....</b>	<b>9</b>
2.1 CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DE PROVAS.....	14
2.2 DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	22
<b>3 AMPARO CONSTITUCIONAL À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO ..</b>	<b>34</b>
3.1 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E A COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO .....	39
<b>4 RELEVÂNCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>46</b>
4.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL .....	46
4.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO MEIO PROBATÓRIO GARANTISTA..	52
4.3 A COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO NO TRANSCURSO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR .....	60
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>82</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A análise das intervenções corporais deve partir da Constituição, que atua como norma limitadora e norteadora de todo ordenamento vigente, por meio do sistema de direitos e garantias fundamentais (LENZA, 2012). No Estado Democrático de Direito, todo poder, assim como todos os órgãos que fazem parte da estrutura do governo, devem obrigatoriamente se pautarem no trato de suas atribuições e competências mediante o respeito aos direitos fundamentais, cuja referência se traduz na dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988, dispõe em seu artigo 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. Então por mais indignante que seja o crime, como latrocínio, estupro, pedofilia, a mesma Constituição veda, sem exceção, penas degradantes, cruéis e desumanas, assegurando a todos a integridade física, psíquica, moral, conforme menciona o art. 5º, XLIX e LVI, da CF/88.

Entretanto, o legislador ordinário, atendendo as expectativas que a sociedade espera do direito penal e processual penal, lança norma com caráter constitucional, em 28 de maio de 2012 entrou em vigor a Lei n. 12.654/2012, alterando dispositivos das Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, além de outras providências.

Mesmo que considerado de importante interesse para a sociedade, a Lei que trata da intervenção corporal por meio da coleta de material biológico em condenados, trouxe o resgate de uma postura obviamente preocupante e retrógrada dentro do que concerne as normas constitucionais pautadas na defesa dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Sendo assim, nossa posição se pauta no fato de que a coleta de material biológico, uma das espécies de intervenção corporal, não pode ser realizada em sede de inquérito policial, matéria do cerne do direito processual penal, tida como

uma das forma de identificação criminal, mas genético - criminal, como vemos nos termos do § Único, do art. 5.º da Lei n. 12.037/09, "na hipótese do inciso IV do art. 3.º, a identificação poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético" (BRASIL, 2012), que foi acrescentada pela Lei n. 12.654/2012.

Trata-se de regulamentações processos penais que desembocam também no procedimento de autos de inquérito policial, com enorme relevância para as sanções penais, tendo como base probatória a extração ou coleta de material genético de indivíduos que se encaixam no perfil dos crimes praticados dolosamente, com violência e/ou grave ameaça às vítimas, segundo as leis retrocitadas.

Desta forma, dentro da proposta deste trabalho, tentaremos demonstrar que a intervenção corporal, na espécie de coleta de material biológico, feita em indivíduos suspeitos, autuados ou indiciados em inquérito policial, cujo propósito é o de comparar perfil genético, previsto na Lei n. 12.037/09 é inconstitucional, pois apresenta um vício material.

A discussão sobre a ilegalidade se sustenta fundamentalmente no fato de que a intervenção corporal em análise, como meio de obtenção de prova, afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais inerentes ao cidadão, amparados pela Constituição, no art. 5.º, LIII, LIV, LV e LVI, os quais estão em consonância direta com a Convenção Americana dos Direitos Humanos/CADH, promulgada pelo Brasil através do Dec. n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Ademais, não se concebe que justamente na produção probatória que ocorre através de um procedimento policial, de cunho administrativo e inquisitivo, apesar do que dispõe a Constituição, amparado por órgãos policiais que se encarregam de realizar a coleta de material enquanto meio de obtenção de indícios de materialidade e autoria delitiva e que alimentarão futura ação penal.

## 2 BREVES COMENTÁRIOS À NOVA LEI DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO CRIMINAL

A partir da publicação do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal - CPP, passou a vigorar a obrigatoriedade da identificação criminal no ordenamento pátrio, aplicada ao autuado em detrimento de inquérito policial, onde a autoridade policial dispunha a seu alcance o exame datiloscópico. Posteriormente, com a edição da Lei n.º 12.037, de 1.º de outubro de 2009 é que foi acrescentado o processo de identificação fotográfico.

Para Schiccohet (2012, p. 58):

A lei n. 12.037/09 retira o foco da identidade da conduta do criminoso e passa a se ater à comprovação de sua identidade civil. Pois, o verdadeiro intuito da identificação datiloscópica criminal, *acrescentando a identificação fotográfica* (grifo nosso) não é o de estigmatizar ou punir o suspeito, apenas confirmar sua identidade, caso pare alguma dúvida em relação a ela. Portanto, a identificação criminal deve ser entendida apenas como um procedimento técnico-científico para comprovar a identidade civil, por isso não poderia ser utilizada como meio de prova.

Mas, a obrigatoriedade da identificação criminal do indiciado somente tomou este caráter com a edição, à época, da Súmula 568/1977 do Supremo Tribunal Federal - STF, prevendo que "a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente". (BRASIL, 1941).

Com a nova ordem constitucional de 1988, a identificação criminal passou a vigorar de modo a evitar o constrangimento ao imputado, com previsão no art. 5.º, LVIII, estabelecendo que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei." (BRASIL, 2009).

De acordo com Nicolitt (2012, p. 133):

À época, intensos debates sobre a constitucionalidade da identificação criminal compulsória alijada da certeza de existência de identificação civil foram travados, em decorrência da discutida violação pelo legislador

infraconstitucional do princípio da isonomia ao estabelecer regra aleatória discriminatória de obrigatoriedade de reconhecimento de indiciados por delitos específicos sem fundamento ou justificativa razoável.

Com a edição da Lei n. 12.654 de 28 de maio de 2012, o ácido desoxirribonucleico (DNA) passou a ser utilizado como objeto de métodos de obtenção de evidências de crime no trato de investigação criminal pelo sistema de justiça brasileiro. O referido diploma legal trata da identificação genética criminal, autorizando a coleta compulsória de material genético do autuado ou condenado, para fins de prova em situações específicas e, com o intuito de armazenagem em bancos de dados, e também contribuir com a elucidação de possíveis crimes, respectivamente.

No ano de 2009, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) promoveu regras por meio de iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais, cujo objetivo era o de propiciar o intercâmbio de perfis genéticos de interesse da Justiça, obtidos em laboratórios de perícia oficial, que foi oficializada formalizada por meio do Decreto 7.950, de 12 de março de 2013. (BRASIL, 2013).

De acordo com o Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG as atividades visam a subsidiar a apuração criminal, e de forma auxiliar a identificação de pessoas desaparecidas, como veremos a seguir:

Para ser útil na apuração criminal, a RIBPG depende da devida inserção de perfis genéticos das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime (ou no corpo das vítimas), os vestígios, sejam eles de casos abertos ou fechados. Esses vestígios, além de serem confrontados entre si, o que já permite a detecção de crimes seriais, podem ser identificados por meio do confronto com o os perfis genéticos dos indivíduos cadastrados nos termos da Lei nº 12.654/2012: os condenados e os identificados criminalmente. (BRASIL, 2014, p. 4).

De acordo com o novo diploma, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético, os quais serão armazenados em banco de dados gerenciados pela unidade de perícia criminal, considerados

sigilosos, devendo ser manipulados por perito oficial devidamente habilitado para realização dos procedimentos de coleta e armazenagem, conforme art. 5º, § único e art. 5º - A da Lei n. 12.564/2012).

Nesse sentido, Carvalho (2014, p. 112) diz que:

A incessante busca por meios que possibilitem a descoberta dos criminosos antes que estes pratiquem crimes é vendida como uma panaceia perene que, volta e meia, aparece o imaginário social. Desde os estudos antropológicos (anatômico-fisiológicos) de Cesare Lombroso, almeja-se a identificação do *criminoso nato*, ou seja, aquele indivíduo que, em seu interior, sempre carrega o crime. Falta-lhes o sentimento afetivo e o senso moral; nasceram para cultivar o mal e para cometê-lo. Estão sempre em guerra contra a sociedade.

Objetivamente tem-se com a regulamentação, a origem de uma intervenção corporal obrigatória (compulsória) aos condenados e indiciados por delitos violentos e graves, como os crimes hediondos cujo objetivo precípua é o fornecimento de um perfil genético que alimentará um banco de dados nacional.

A nova lei em comento tem como objetivo regulamentar a coleta de material como intervenção corporal, contudo, não tratou de todas as hipóteses de forma minuciosa como deveria. Observa-se que a lei menciona apenas que o procedimento deve ser feito por meio de técnica adequada e indolor. Preocupa-se assim em impor a técnica aos indivíduos que se enquadram num padrão de criminalidade, evidenciado pela legislação em que são comparados, ou seja, pelas tipificações criminais.

Vários pontos relevantes são deixados a critério dos agentes do Estado, que executarão os procedimentos, de acordo com a discricionariedade. Como exemplo, temos o manual produzido pela Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), cujo surgimento foi de iniciativa do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais com o propósito de propiciar o intercâmbio de perfis genéticos de interesse da Justiça, obtidos em laboratórios de perícia oficial.

Contudo, não revela, por exemplo, qual técnica deveria ser utilizada para a coleta, e que seja indolor.

Destinada especificamente ao porvir, a violação coercitiva corporal aparece despida de uma concreta finalidade processual probatória (diz respeito apenas a uma situação futura, incerta e hipotética), não guardando um juízo de proporcionalidade exigido para amparar a obrigatoriedade de tamanha intromissão. (CARVALHO, 2014, p. 115).

A análise sobre a nova lei de identificação genético criminal, provoca a indagação sobre o papel da política criminal, bem como até que ponto se alastram os limites do poder punitivo do Estado. Até porque, sabemos que o direito penal em um Estado de Direito é limitado ou minimamente interventor. Contudo, a coleta de material biológico compulsória representa um alargamento do *jus puniendi* estatal, buscando-se a todo custo a prevalência da ordem social em detrimento dos direitos fundamentais do indivíduo.

Mas diante das expectativas que a sociedade tem investido nas searas penais, não há ponderação da subjetividade, sendo assim os valores morais são segregados, passando o sujeito em situação delituosa ou ilícita (civil ou penal) considerado um ser irracional, que não deve resistir à incidência das normas de controle estatal, já que para o imaginário social, sensacionalista e midiático, o indivíduo age de maneira consciente em todos os seus atos. A resposta estatal mediada pelo anseio social por segurança culmina na produção de leis de caráter essencialmente retributivo que resultam na mitigação de direitos, relativização de princípios e garantias individuais, e principalmente, na violação da liberdade civil.

Como cegos de quaisquer que se apresentam à "infalibilidade" da colheita e guarda da prova genética, o ordenamento jurídico brasileiro recebeu uma nova herança autoritária com a edição da Lei n. 12.654/2012. Vigente a partir de 28 de novembro de 2012, a nova *legis* prevê a coleta de perfil genético para fins de identificação criminal, bem como a criação de um banco de dados para armazenamento das informações. (CARVALHO, 2014, p. 114).

Pragmaticamente, a Lei nº 12.654 trouxe três artigos normativos e um artigo de vigência. Em seu artigo 1º da Lei n. 12.654/12 acresce parágrafo único ao art. 5º da Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, sob os seguintes termos: Art. 5º, § único “na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético” .

Já o artigo 2º acresce três artigos à Lei n. 12.037/2009, sob os seguintes termos: Art. 5º - A “Os dados relacionados à coleta de perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

O parágrafo 1º do artigo retrocitado dispõe:

As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (BRASIL, 2012).

Ainda é de fundamental importância mencionar “que os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos possuirão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta lei ou em decisão judicial, como dispõe o § 2º do art. 5º da Lei n. 12.037/09” (BRASIL, 2012).

No caso de condenados por crime praticado dolosamente com violência contra a pessoa, como os crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos) serão submetidos obrigatoriamente a identificação do perfil genético mediante extração de Ácido Desoxirribonucleico, por meio de técnica adequada e indolor, sendo, posteriormente, armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo (Art. 5º, §§ 2º e 3º).

Essa regulamentação ampara-se na suposta hipótese de controle da criminalidade e da violência que se tornou o principal paradigma da norma penalista, compreendendo direito penal e processo penal, possibilitando a normatização da obtenção compulsória de material genético do acusado ou condenado, ampliando o poder punitivo do Estado, na medida em que constrange o indivíduo a ceder o material biológico.

Para Nicolitt (2012, p. 135):

A suposta *compulsoriedade* da extração de DNA, apresentada pela lei *em comento* (grifo nosso) em algumas hipóteses, vem causando preocupação na doutrina, em especial diante do posicionamento dos Tribunais Superiores, com relação a intervenções corporais por parte do Estado no particular, a produção de provas invasivas e ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, (...). Além da possível inadequação com o texto constitucional vigente, a nova lei causa grande preocupação com relação à possibilidade de valoração da prova científica como prova absoluta para o processo penal.

Colocar todas as fichas num método de obtenção de provas, como a solução de todos os entraves da autoria e materialidade delitiva, *in loco* e para o futuro se torna bastante ousado e perigoso. Mesmo tendo em vista que os novos recursos tecnológicos da engenharia genética possibilitaram avanços com o advento da técnica de perfil genético, “isso não quer dizer que a análise do polimorfismo do DNA tenha as respostas para todas as indagações no campo da identificação do vínculo, *como por exemplo da investigação de paternidade e da maternidade* (grifo nosso), nem que todos os resultados dessa prova sejam imperiosamente verdadeiros” (FRANÇA, 2012, p. 348).

## 2.1 CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL NA CONSTITUIÇÃO DE PROVAS

Todo poder tende a ser autoritário e por isso, precisa de limites. Com isso, as garantias processuais constitucionais funcionam como verdadeiros protetores em detrimento do abuso estatal. A garantia da jurisdição representa segundo Oliveira (2008; p. 179) "a atividade e expressão do poder público, afirma-se que a jurisdição



é uma, no sentido de se tratar de intervenção do Estado junto aos jurisdicionados, para fins de atuação do Direito ao caso concreto e, mais particularmente, no que nos interessa de perto, ao caso ou questão penal."

Como dito, não basta apenas ter um juiz imparcial e comprometido com a norma constitucional é necessário que se tenha conhecimento da sua função no processo. A esse respeito, Gilson Bonato (2003, p. 138) nos informa que a garantia do juiz natural possui significado tríplice, qual seja:

Somente órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição, ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato, há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida a discricionariedade.

O princípio do Juiz Natural não reflete mero atributo processual do juiz, representando este verdadeiro atributo a sua existência. Trata-se o referido princípio de um primado universal, buscando suas bases no Estado Democrático de Direito. De acordo com Silva (2013; p. 32) "esse princípio está inserido no art. 5.º, inciso LIII da CF/88 e no art. 8.º do Pacto de São José da Costa Rica assegurando que nenhuma pessoa será julgada por um tribunal ou juízo de exceção. Por meio dele, toda pessoa, antes mesmo de praticar um crime deve ter prévio conhecimento de por qual justiça será julgada. No âmbito penal, os delitos podem ser julgados pela justiça comum (estadual e federal), militar e eleitoral, isso dependendo do sujeito ativo, passivo ou da natureza da figura penal."

É importante analisar a importância da autorização judicial, ante a submissão do indiciado ou autuado que será submetido à intervenção corpórea, indiferentemente ao consentimento ou dissentimento, já que se trata de medida violadora de direitos fundamentais, mas que se torna idônea com a determinação de ofício pelo magistrado.

Segundo Assis (2016, p. 219):

Tal iniciativa e gestão probatória do magistrado expressamente reconhecida nos incisos I e II do art. 156 do Código de Processo Penal, é fonte de intensa de discussão doutrinária e jurisprudencial, onde parte da doutrina e

dos Tribunais sustenta a constitucionalidade dos poderes instrutórios/probatórios com supedâneo nos princípios da busca da verdade real e do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, aliado à liberdade de apreciação dos meios de prova.

Além do mais, toda e qualquer decisão de âmbito jurisdicional, e, nesse sentido se incluem as medidas interventivas deve vir acompanhada de fundamentação jurídica e legal, idônea a fim de que atenda ao comando do art.93, inciso IX<sup>18</sup>, da Constituição Federal de 1988, permitindo que o sujeito passivo tenha acesso às razões de decidir para, em eventual recurso, questionar sua legalidade e sua legitimidade.

Por sua vez, o ativismo judicial na valoração de prova deve ser dirigido ao convencimento do juiz sobre a verdade de uma afirmação, estando a serviço do processo e integrando o processo penal, dirigido a formar um juízo de certeza, exigindo ainda estreita observância da publicidade, contradição. (LOPES JR., 2014, p. 322).

A postura ativa dos magistrados na produção da prova deve ser analisada, à medida em que deve ser mantida a imparcialidade, que é inerente ao seu exercício. A imparcialidade pode correr riscos diante do ativismo, principalmente, quando ocorre na fase instrutória. Destarte, com o ativismo judicial reflete uma atitude emanada do Poder Judiciário, mediante o uso de algumas interpretações da lei, onde o juiz acaba por criar um direito, visando o preenchimento de algumas lacunas existentes no ordenamento jurídico.

Perelman (1996, *apud* CARVALHO, 2014, p. 110) menciona que:

Se há um "vazio" no direito positivo quanto à possibilidade de intervenções corporais, o papel do juiz não é supri-lo (ainda mais de forma prejudicial ao imputado); mostrar-se-á indispensável um apelo ao Poder Legislativo, ou seja, "o juiz pode preencher as lacunas, mas não os vazios, que exigem uma ação do legislador.

Apontamos que a questão está intimamente relacionada com o labor legislativo, que sob sua égide determina ao poder do julgador o direito válido, que não pode ir de encontro ao que está expresso no ordenamento, entretanto, também cabe ao juiz de primeiro grau de jurisdição fazer o controle incidentalmente de constitucionalidade de lei em qualquer processo, mesmo que gere nulidade da lei.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posiciona de modo favorável ao ativismo judicial, informando que provas trazidas nos autos podem indicar novos meios de prova aptos a esclarecer, ou mesmo completar as informações colhidas (STJ, REsp. 540.179 – SP), conforme abaixo transcrito:

Quando os elementos de prova já produzidos evidenciem ou insinuem a existência de outros ainda não explorados e que possam se tornar esclarecedores para o julgamento do feito em análise pelo magistrado. A iniciativa probatória poderá ocorrer quando presentes razões de ordem pública. Com efeito, a indisponibilidade do direito material em litígio é fator essencial para uma postura ativa do magistrado, produzindo provas mesmo em casos de revelia sem requerimento expresso da parte (STJ, REsp 43.467). A iniciativa probatória poderá ser verificada quando haja situação de perplexidade, grande confusão ou contradição entre as provas produzidas. Parte hipossuficiente, o que significa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes, sendo, então fator autorizador do ativismo judicial probatório (BRASIL, 2003).

Como é sabido, ao órgão julgador é vedado buscar provas para a acusação, haja vista ser esta uma atividade privativa do Ministério Público. Caso um juiz se insira na atividade de produção das provas e como substituto do Ministério Público, este se tornará parcial em relação à acusação, o que culmina por ofender o princípio da imparcialidade do juízo.

Nesse sentido, Guilherme Prado (2005, p. 17) leciona:

Um juiz que substitui o Ministério Público na função de “elucidar os fatos” (leia-se, buscar as provas de autoria e materialidade do fato, ou seja, as provas de acusação), determinando a produção de provas de ofício ou fazendo perguntas para as testemunhas no lugar do Promotor de Justiça, é parcial para julgar o caso, afastando-se do sistema acusatório. Ora, o juiz

acusador, no momento em que busca provas para acusação, jamais poderia apreciá-las com a necessária imparcialidade para se fazer um julgamento criminal justo. É natural que o Juiz dê mais valor as provas que ele mesmo coletou.

Para que ocorra a imparcialidade de maneira efetiva deve haver uma separação das funções de acusação e julgamento e o consequente afastamento do juiz da atividade instrutória/investigativa, posto que se assim não for, estará o juiz exercendo juízo de valor no momento do julgamento, uma vez que atuou na coleta das provas. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 132).

Assis (2016, *apud* LOPES JR, 2013, pp. 634-635), lança sérias críticas à iniciativa probatória do magistrado em sede de investigação policial com o objetivo de determinar a execução de medidas incidentes sobre o corpo do indivíduo, conseqüente realização de exame de DNA:

"Infelizmente, em mais uma violação do sistema acusatório - constitucional e da própria estética de imparcialidade exigida do julgador, permite a lei que a extração de DNA seja determinada de ofício pelo juiz. É mais um sintoma da "cultura inquisitória" que ainda domina o processo penal brasileiro. Existe ainda uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de "necessidade para as investigações". Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, é um erro a atuação de ofício do juiz nesta seara."

Desta forma, ao julgador cabe (perigosamente) o poder de regular os conflitos entre o exercício de direitos fundamentais colidentes, decidindo em que situações um deve preponderar sobre outro, e ainda, utilizando-se do tão prolatado princípio da proporcionalidade evidenciando maior peso ou distinção a um deles em relação aos demais.

Para Assis (2016, p. 253):

O exame da existência ou não de barreiras ou restrições com justificativa constitucional ao direito a não autoincriminação, enquanto direito fundamental diretamente colidente com o direito à prova por meio de intervenções corporais invasivas, torna-se condição de legitimidade destas, quando verificadas sob o crivo da proporcionalidade e seus subprincípios,

no entanto, somente tem cabimento em face da dimensão de princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Mesmo com atinente ausência de estudos científicos, CARVALHO (2014) salienta que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado cautelosamente em matéria processo penal, para que se evite a relativização dos direitos fundamentais, além de coibir a prática, mormente brasileira, de dar azo a interpretações amplas e desvantajosas, marcadas pelo subjetivismo.

Segundo Ferrajoli (2004, *apud* CARVALHO, 2014, p. 128):

Cego - quiçá pela escuridão própria do underground -, o sistema processual penal (brasileiro, *grifo nosso*) não consegue ver o papel constitucional de garantia dos direitos fundamentais (que, ao menos, deveria ser) exercido pelo magistrado e, por consequência, suprime os princípios da jurisdição e da motivação das decisões da realização das medidas de intervenções corporais.

Consideramos que o cerne da discussão, as intervenções corporais estrito senso afronta os direitos fundamentais, como direito a não autoincriminação, cuja norma impõe a submissão coercitiva do indivíduo (condenado e/ou investigado), e ainda com a permissão legal determinada *ex officio* pelo juiz, mesmo antes de qualquer ação criminal apresentada, dando cumprimento a pressuposto inquisitivo, representando total desrespeito ao arcabouço basilar do sistema acusatório e suas funções auxiliares.

Ademais a atuação direta do juiz na produção de provas culmina na substituição do órgão de acusação (Ministério Público), sendo este fato suficiente para tornar inválida a decisão proferida pelo Magistrado. A esse respeito, já se entendeu que a busca por provas de ofício pelo Magistrado não fere o princípio da imparcialidade, no entanto, Jacinto Coutinho (2002, *apud* Lopes Jr. 2014, p. 170) "mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório", ou seja, Lopes Jr. completa que "a gestão/iniciativa probatória nas

mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade - o princípio supremo do processo

Por sua vez, quando um Promotor de Justiça requer em juízo a quebra do sigilo bancário, ele espera descobrir alguma irregularidade que porventura venha a existir, ainda que a prova produzida demonstre totalmente o contrário. Ademais, é todo oportuno salientar que ninguém planeja buscar provas aleatoriamente, todos os sujeitos processuais perquirem um resultado e tem ciência do alcance delas, ainda que, eventualmente, a prova colhida não reflita o esperado. “Tudo aquilo que comprovar a existência de um fato ilícito é considerado prova para fins penais, inclusive aquilo que for imaterial”, de acordo com Gustavo Junqueira (2006, p. 154). Nos dias atuais, a finalidade do processo vai além de tão somente descobrir a verdade, possuindo como fim a distribuição da justiça e a garantia de defesa em desfavor do Estado que não pode simplesmente aplicar a lei, sem que antes haja a instauração de um processo ou investigação criminal.

Essa verdade, observada pelo Magistrado por intermédio do processo se limita e tem o condão de respeitar algumas regras propostas pelo ordenamento jurídico vigente, que limita o direito à produção da prova em face das garantias fundamentais e direitos resguardados em nossa Carta Magna de 1988, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Ainda, temos que a prova é o instrumento responsável pelo auxílio à conclusão de que um ato antijurídico realmente aconteceu e quem atuou como agente ativo, concorrendo para a imputabilidade do ato. A busca pela verdade tem como finalidade atender aos clamores da sociedade por justiça, para que esta venha a ser aplicada, não significando o fim do processo. É, por fim, um meio de formar a convicção do órgão julgador.

Num primeiro momento, o juiz deve formar sua convicção a partir de prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos de informação colhidos na investigação criminal. De

acordo com o artigo 155, Caput, do CPP em uma primeira leitura, parece permitir ao juiz a invocação de quaisquer dados da investigação criminal, pois a restrição legal consiste apenas em “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” (Junqueira, 2006, p. 110).

No entanto, a prova da alegação incumbirá àquele que o fizer, de acordo com o que dispõe o artigo 156, caput do Código de Processo Penal. O vocábulo “ônus” está associado à obrigação, refletindo-se num dever, uma carga que recai sobre um dos polos processuais, ou seja, a parte que alega.

Para Lopes Jr. (2014, p. 214), o julgador deve ter como característica a imparcialidade, mas não decorrente de uma virtude moral e sim como exigência de uma estrutura de atuação que não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória.

De acordo com Assis (2016, p. 283):

A despeito do principal assunto tratado pela Lei n. 12.654/12, do qual se infere certa relevância e complexidade, o legislador se posicionou mal ao reproduzir a questionada liberdade instrutória do magistrado, prevista no art. 156, I e II do CPP, que autoriza a realizar coleta de material (intervenção corporal) de material genético, de ofício, mesmo em sede de investigações policiais, confirmando a posição inquisitória do processo penal brasileiro.

Apesar de refletir uma ideia de obrigação, o ônus consiste de uma faculdade relacionada à parte, *in casu* a acusação, que tem de provar o que alega, sendo que a sua inércia não culminará em reprimenda, podendo prejudicar apenas o resultado que se pretende obter. Para Lopes Jr. (2014, p. 111-112) o posicionamento do magistrado é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.

Com isso, entendemos que com a iniciativa do magistrado na construção probatória, em particular do art. 3.º, IV c/c Art. 5.º, § Único da Lei n. 12.037/09, que foi acrescida pela Lei n. 12.654/12, dando-lhe possibilidade de *ex officio*, determinar antes do ajuizamento da ação penal a intervenção corporal (coleta de material biológico e comparação de perfil genético) para exame de DNA um contra censo processual que vai de encontro ao processo penal constitucional-garantista e do sistema acusatório supostamente adotado pela Estado Democrático de Direito.

Consequentemente, a partir das considerações, concluímos que o ativismo judicial transposto como iniciativa investigatório-probatória exercida pelo juiz prejudica as condições de funcionamento do sistema acusatório pautado no princípio dispositivo, inebriando a imparcialidade com a determinação da coleta dissentida de material genético do indiciado para a realização de exame de DNA, uma vez que, inevitavelmente contribui para a antecipação do lastro probatório e, por conseguinte formação da culpa, antecipadamente ao ajuizamento da ação penal.

## 2.2 DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É cediço que no Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana constitui-se como princípio matriz, compreendida como faculdade inerente à toda pessoa, de tal maneira que se constitui como um dos princípios do Estado brasileiro que se efetiva através dos direitos e garantias fundamentais, consagrados na Carta Magna e respaldados por convenções e tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Segundo Albuquerque (2008, p. 42):

Na mesma medida, por conseguinte, interessa ao Estado a proteção do corpo social em face do comportamento criminoso e a manutenção dos direitos fundamentais do acusado *ou indiciado* (*grifo nosso*) seja ele responsável penalmente ou não.

De acordo com Nicolitt (2014, p. 9):



Cabe ressaltar os direitos fundamentais afetados pelas intervenções corporais e da mesma forma seus reflexos sobre dignidade humana. Sobre esta última, cumpre esclarecer que não se pode conceber a dignidade humana como um direito, e sim como qualidade inerente a todo ser humano.

Cita Jorge de Miranda que complementa "a dignidade confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais." (p. 2).

Para Amaral (2009) com a abertura do direito nacional aos marcos humanitários do direito internacional, moldou-se oportunamente que a produção legislativa e jurisprudencial referenciada - "porquanto vinculada a um paradigma de estado autoritário" - fosse revisada e com novos olhares, principalmente as normas ordinárias que deveriam ser refletidas pela Constituição, com os atributos dos valores universais de liberdade e igualdade impingidos em tratados e convenções internacionais cujo cerne são os direitos humanos.

A Carta Magna de 1988 trata como objetivos estabelecer os direitos fundamentais, inserido pelo constituinte então no seu artigo 1º, inciso III, à dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito, além dos Direitos e Garantias Fundamentais pertinentes ao Título II da referida Constituição, que assegura ainda, no art. 5.º, *caput*, o direito à liberdade e, no inciso II, aponta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, clara indicação de que poderá haver limitação do direito de liberdade por via de lei, mas por expressa autorização constitucional.

Para Moraes (2013, p. 3):

A constitucionalização de direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico legal.

A partir da positivação dos direitos individuais consubstancia-se o elemento fundamental para a sua eficácia e aplicação imediata. Essa consagração jurídico-positiva dos direitos do homem é uma garantia inerente a Carta Magna da relação jurídica entre governado, Estado e suas autoridades, que arduamente, contra os auspícios sociais deve combater a criminalidade, mantendo ileso o cerne estrutural de direitos em que se pautam a dignidade humana.

Segundo Mendes (2007, p. 245) na teoria dos quatro status de Jellinek, estaríamos diante do status negativo em que a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado "é exercida sobre homens livres.:

Tratados pela doutrina como direitos humanos de (1ª) primeira dimensão, os direitos fundamentais são as marcas da passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, cujas bases se coadunam com o respeito às liberdades individuais enquanto perspectiva do dever estatal, frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Nos termos do art. 5.º, § 1.º da CF, confere dignidade e proteção diferenciadas aos direitos fundamentais, sobrepondo que essas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, são dotadas de todos os meios e elementos indispensáveis à sua pronta incidência aos fatos, circunstâncias, condutas ou comportamentos regulados por elas, além de estarem inseridas no rol das denominadas cláusulas pétreas, cf. art. 60, § 4.º, CF.

Historicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana surge com o intento de reprimir o excesso de poder, a falta de respeito, a desconsideração e até mesmo a crueldade, salientando segundo Moraes (2013, p. 3) que "o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático".

Nesse ponto, Albuquerque (2008) menciona que os direitos fundamentais, especialmente as relacionadas aos aspectos processo-penal, têm imprescindível função de evitar práticas arbitrárias por parte de órgãos judiciais, mormente policiais, que não ocorrem imparciais e isentas, respectivamente, como deveria ser, ou ainda, que não consignam a proteção aos cidadãos, quer sejam vítimas ou imputados.

Para evitar retrocessos, mas a fim de proteger os direitos fundamentais, como a integridade física dos cidadãos, o Estado deve promover a revisão da persecução penal, evitando abusos cometidos pelos seus agentes, bem como as discrepâncias entre o discurso garantista e práxis retrógrada, ressaltado por Albuquerque (2008, p. 41):

A lógica sobre a qual se constrói o paradigma do Estado Democrático (e social) de Direito é exatamente inversa àquela preconizada pelo liberalismo. Reconhece-se no Estado não mais uma força opressora, mas o meio eleito pelos homens para o desenvolvimento da sociedade e de seus potenciais individuais.

Para efeito, Assis (2016, p. 217):

Devemos considerar que as intervenções corpóreas compulsórias, especificamente a coleta de material para exame de DNA, como medida invasiva ao que preceitua à dignidade da pessoa humana, atrelada à integridade física e psicológica, à liberdade ambulatorial, à honra e de autodeterminação informática, estabelecidos como direitos fundamentais, os quais são abrangidos pelo princípio de não autoincriminação (não culpabilidade), que é resultante do sistema acusatório e dos princípios norteadores do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Há uma total afronta aos direitos fundamentais, perpassados pela dignidade da pessoa humana, alavancando embates jurídico-doutrinários no que tange a coleta de material biológico, já que fere a integridade e intimidades corporais, a honra entre outros do indivíduo que é submetido, compulsoriamente à intervenção corporal objeto deste trabalho, pois é invasiva e realizada coercitivamente, com apontamentos ao chamado "determinismo genético", pois, segundo SOUSA (2007;

p. 130) "poderia pôr em xeque e/ou substituir a atual compreensão da culpabilidade, baseada na idéia do livre arbítrio."

Neste contexto, cabe ressaltar que o desrespeito não se limita à apenas às normas infraconstitucionais. De acordo com a doutrina, o direito ao silêncio nos informa que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado", conforme o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, contida na CADH, por meio do Dec. 678/92, que estabelece no art. 8.2, letra "g", "toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada".

O direito ao silêncio reflete um verdadeiro desmembramento do direito à ampla defesa, uma vez que prevê de maneira legal um ato negativo, ou seja, um não fazer por parte do indiciado que pode permanecer calado e não produzir provas que o incrimine. Dessa forma, afirma Lopes Jr. (2014; p. 573) que "a defesa técnica é indisponível, pois além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório."

A esse respeito, Aury Lopes Jr. pontua que:

O sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência. (LOPES JR., 2008, p. 588).

Com efeito, quaisquer tipos de coleta de material genético retirados sem consentimento, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o direito ao silêncio. É preciso observar-se, com muita cautela, em que medida, hipóteses e de que forma estes direitos e garantias fundamentais podem vir a ser flexibilizados.

Nesse sentido, Rogério Greco (2014, p. 33), afirma:

Não se deve levar a um rigor extremo a ideia de incolumidade física. A colheita de um fio de cabelo, de um pedaço de unha ou, até mesmo, de um pouco de sangue não causa dor, muito menos vexame ou qualquer inconveniente grave. Alegar que isso seja algum sacrifício, ou seja, admitir esse extremo em favor incolumidade é muito mais irracional do que proteger com mais rigor o direito à identidade da pessoa, o que é muito mais razoável e lógico.

Em que pese abordamos anteriormente o direito à prova enquanto um dos desdobramentos do direito de defesa, sobreposto ante o devido processo legal, como um dos alicerces do sistema acusatório adotado pela Constituição, a partir do rompimento das amarras do Estado autoritário e ingresso no Estado Democrático de Direito.

Lastreado pelo princípio dispositivo, o qual estabelece a separação das funções essenciais de acusação, defesa e julgamento, apontando que o ônus probatório recai sobre a parte interessada processualmente na comprovação do fato alegado, característica do direito processual-constitucional, no entanto, verifica-se pelas considerações expostas anteriormente que há um certo retrocesso legislativo, justamente na atribuição de poderes instrutórios/probatórios ao juiz que poderá fazê-lo *ex officio*.

Para Lopes Jr. (2013) uma parcela de doutrinadores, defende implicitamente a extração coercitiva de material biológico em suspeitos ou indiciados em sede de investigação policial, todavia, tal medida necessita de regulação suficiente para que caiba verificação com justificativa constitucional concernente a restrição dos direitos fundamentais, caso contrário padecerá de inconstitucionalidade.

Outro detalhe segundo Lopes Jr. (2013) é que "a lei não diz (e nem precisaria), mas em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, à força." De certa forma há apenas como 'garantia' o emprego de técnica adequada e indolor.

Como exposto anteriormente, consta na Carta Política brasileira, "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante", disposto no inciso III do art. 5.<sup>o</sup> da CF, mas a Lei n. 12.654/12 traz a compulsoriedade como saída aos executores, certamente no caso de o periciado não consentir em ceder à extração da coleta. Semelhante autorização consta nos termos do art. 9.<sup>o</sup>-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1.<sup>o</sup> da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - Ácido dioxirribonucléico, por técnica adequada e indolor. (BRASIL, 1990).

No tear do Código Processual Penal temos a incorporação do direito ao silêncio, especificando-o, mediante a alteração do art. 186 do seu CPP, que afirma:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe foram formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941).

Mesmo não sendo evidente, obviamente devido ao flagelo do efeito forclusão, o direito ao silêncio não é apenas uma manifestação de uma garantia, insculpida no princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Para Lopes Jr. (2014, p. 233):

Não podemos compactuar com tal reducionismo e compressão da esfera constitucional de proteção. O direito ao silêncio é muito mais amplo e inscreve-se na dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como com a necessária recusa a matriz inquisitória, é elementar que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa.

Nesse sentido Amaral (2009, p. 52) "reforça que o conceito de finalidade do Direito Processual Penal não deve ser a busca da verdade a partir do investigado", baseando-se no fato de que o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT), através do Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, adotada pela Res. 39/46, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10/12/1984, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que foi adotada pela Assembleia da OEA em 09/12/1985, sendo que estas últimas proíbem que agentes do Estado utilizem da força ou a intimidação de suspeito a fim de obter informações.

Obviamente que o posicionamento do legislador, impondo a extração apenas aos condenados pelos crimes da Lei de crimes hediondos poderá sugerir inevitavelmente um "determinismo genético" sobre a culpabilidade, culminando com afronta aos princípios de presunção de inocência entre outros.

Segundo Souza (2007, p. 130) numa segunda perspectiva da influência dos genomas, argumenta que:

outro problema derivado que se coloca é saber se esses conhecimentos trazidos pela genética poderão ter impacto na capacidade da culpabilidade (imputabilidade) do agente, no sentido de excluir ou reduzir a sua responsabilidade penal.

Deveras que diante das informações genéticas obtidas com a sondagem molecular, obtida pelo processo de coleta biológica, deve haver o máximo de precaução, pois segundo Schiocchet (2012, p. 31) "existe uma discussão a respeito da natureza da informação genética humana, o que, dependendo do posicionamento a respeito, pode refletir diretamente na forma de regulamentação das mesmas."

Para tentar esclarecermos os entraves, nos deparamos com o Manual de Procedimentos Operacionais, aprovado pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos/RIBPG em 21/11/2013 que traz como propósito os seguintes termos: "Este Manual visa orientar e padronizar os procedimentos

realizados na RIBPG, de forma a promover uma maior segurança e confiabilidade dos dados armazenados e dos resultados encontrados." (BRASIL, 2014, p. 4).

Pelo que está descrito no manual, não se tem a forma de extração do material biológico a ser coletado, ou seja, qual a técnica estabelecida como adequada e indolor, como também, não menciona nada sobre o consentimento, todavia deixa claro que a preocupação principal é realmente a busca pela autoria de criminosos, para ser útil na apuração criminal, a RIBPG depende da devida inserção de perfis genéticos das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime (ou no corpo das vítimas), os vestígios, sejam eles de casos abertos ou fechados. Esses vestígios, além de serem confrontados entre si, o que já permite a detecção de crimes seriais, podem ser identificados por meio do confronto com o os perfis genéticos dos indivíduos cadastrados nos termos da Lei nº 12.654/2012: os condenados e os identificados criminalmente" (BRASIL, 2014, p. 4).

A segunda observação evidencia o propósito do manual que pode ser visto no título II, referente as categorias de amostras biológicas, onde no subtítulo tem-se as categorias relacionadas a casos criminais, em que as amostras devem ser coletadas, a saber: em "Identificados Criminalmente são amostras biológicas coletadas por ocasião da identificação criminal, como estabelece a Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Criminal)" e por "Decisão Judicial refere-se a amostras biológicas coletadas por ordem judicial em situações nas quais a pessoa relacionada não se enquadra nas categorias Condenados nem Identificados Criminalmente." (BRASIL, 2014, p. 10).

A terceira observação se relaciona com o segundo tópico do título II, citado anteriormente, conformando que basta apenas ser indicado como suspeito para que o perfil genético passe a compor o banco de dados genético - criminal, sem ao menos ser processado, ou ainda, nem indiciado em inquérito policial. Tal adequação técnica de levantamento probatório demonstra total afronta aos preceitos constitucionais.

Desta forma chegamos ao cerne das discussões em torno dos quais estão o desrespeito a dignidade humana, que toma forma com a colisão dos direitos



fundamentais diante do direito à prova através das intervenções corporais, especificamente a coleta de material biológico. Porquanto um dos desdobramentos do devido processo legal, imbuído da ampla defesa e do contraditório, pautado no direito a não autoincriminação, que vem associados com presunção de inocência, a integridade, intimidade física e psicológica, a honra, os quais são identificados como direitos envoltos nos direitos fundamentais.

Tal colisão pode ser identificada pela dupla dimensão dos direitos fundamentais, onde a dimensão subjetiva evidencia as proibições interventivas do Estado, fazendo a função de direitos de defesa *prima facie*, isto é, “como posições jurídicas do indivíduo que reclamam uma abstenção do Estado em relação à sua atividade incriminadora junto aos procedimentos investigatórios ou instrutórios, que somente poderão ser flexibilizados em caso de existência de barreiras ou restrições expressamente reguladas pelo legislador, e mais que isso, quando mostrarem-se justificadas constitucionalmente o caso concreto” (TROIS NETO, 2011 *apud* ASSIS, 2016, 252).

Em relação à dimensão objetiva, as mesmas se posicionam como *deveres de proteção* do Estado, amparadas pela força irradiante dos direitos fundamentais, criam um dever objetivo de proteção concretizadas por ações positivas, “sendo a realização da função penal um dos meios graves de proteção estatal dos direitos fundamentais, justificada pela insuficiência ou mesmo, inexistência de outros instrumentos menos graves de proteção a bens constitucionais, os quais também se estruturam como mandamentos *prima facie*” (TROIS NETO, 2011 *apud* ASSIS, 2016, p. 252).

Assim, segundo Assis (2016, p. 253):

Frente a dupla dimensão dos direitos fundamentais, onde ambas estabelecem mandamentos de otimização *prima facie* e resultam na direta colisão entre o interesse coletivo numa perspectiva penal eficiente, assegurando aos agentes estatais todos os meios de prova não vedados expressamente em Lei, e o direito a não auto incriminação e demais direitos correlatos, necessária se faz a análise acerca da existência ou não de

barreiras ou restrições justificadas constitucionalmente ao *nemo tenetur de detegere*.

Observamos que as intervenções corporais, de modo geral, invadem os direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade, a honra de forma bastante intensa, principalmente porque não são regulamentadas devidamente, deixando margem para intrusões por parte dos agentes do Estado de forma livre, sem consentimento dos imputados passivamente.

Outro problema enfrentado pela doutrina e jurisprudência diz respeito à demarcação que esses direitos possuem diante das intervenções para que se tenha uma perspectiva de extensão dos danos causados pela coleta de material, por exemplo, tem surtido na intimidade ou privacidade dos periciados.

Segundo Nicolitt (2014, p. 13):

É possível distinguir três esferas com diferentes intensidades de proteção. Toda pessoa tem uma esfera íntima inviolável em termos absolutos que afeta ao livre desenvolvimento da personalidade. Para além desta, uma segunda ampliada, da privacidade, ou seja, do âmbito da vida privada que não pertence à esfera anterior. Por fim, a terceira esfera seria a social.

Assim, consideramos que o objetivo nuclear é de fato a proteção dos direitos fundamentais, como a integridade física, a intimidade, a privacidade, a honra e assim a dignidade da pessoa humana, os quais delimitam o direito de não autoincriminação, incluindo o direito de não participar ativamente de diligências que culminem com a autoincriminação, provocadas por parte dos agentes do Estado, sobretudo a produção probatória através de intervenção corporal estrito senso.

Atendendo aos preceitos principiológico-constitucionais como o *nemo tenetur se detegere* e demais subprincípios correlatos, que fazem parte do arcabouço do sistema acusatório, que estabelece a proteção *prima facie* aos cidadãos diante da persecução penal do poder estatal, deve-se tão somente aceitar as restrições dos direitos fundamentais, diante de regulações legislativas respaldadas pela Carta Magna, em que há a estrita observância aos requisitos inter-relacionados com a

proporcionalidade, gerados pela doutrina e jurisprudência alienígena (Mazzuoli, 2013), os quais são adotados no ordenamento jurídico pátrio.

O discutido direito do Estado em regular normativamente a intervenção físico - corpórea do indivíduo, deve ter concomitantemente a compatibilidade com os tratados de direitos humanos vigentes no ordenamento pátrio. Tal controle se faz por meio do controle de convencionalidade, o qual atua como forma complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade.

Segundo Mazouli (2013, p. 31):

O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado em vigor no território nacional.

O Brasil promulgou alguns tratados, dentre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que se tornou parte de nosso ordenamento por meio do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Uma das contribuições da convenção está disposto no art. 8.2, g, da CADH, onde se pode ler que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência (logo, presa ou em liberdade), enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 'g' direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar culpada.

No caso em tela, a Lei 12.654/12, no trato das intervenções corporais, nos revela incompatibilidade entre suas disposições e regulamentações e o Decreto n. 678/92, uma vez que, estabelece a incursão física do Estado no corpo do indivíduo submetido à coleta de DNA, sem o devido respeito ao direito de não autoincriminação, o qual transcende juridicamente como direito de não produzir prova contra si mesmo.

### 3 AMPARO CONSTITUCIONAL À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito a não autoincriminação encontra amparo na Constituição Federal de 1988, o qual não se apresenta consagrado apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas confirmado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. De acordo com o que apregoa o artigo 5º, inciso LXIII da Carta Magna “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

O estado de inocência como decorrência do princípio da presunção de inocência representa um dos pilares do Processo Penal, cujas bases são ínsitas ao primado contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que traz em seu bojo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Fidalgo, 2006, p.123).

A presunção de inocência também respalda o princípio do *in dubio pro reo*, na medida em que, de acordo com este, se houver dúvidas acerca da materialidade dos fatos, o suspeito deverá ser absolvido, levando à necessária absolvição do acusado nas hipóteses em que o órgão acusador não se lograr demonstrar essa materialidade (Barroso, 2010).

Para Lopes Júnior (2008, p. 503):

O *in dubio pro reo* tem a função de atribuir carga probante ao acusador, reforçando ainda mais a regra de julgamento, uma vez que por estar atrelada a presunção, até prova em contrário, será o investigado considerado inocente. Trata-se da estrita observância ao *nulla acusatio sine probatione*.

Observa-se que, a expressa e inequívoca opção pela tutela constitucional do estado de inocência, atribui ao processo penal o objetivo, senão o dever, de buscar a verdade real, esta concebida como a verdade comprovada, a verdade dos autos. Isso porque [...] o processo penal é um modo de construção do convencimento do juiz. Daí porque de nada serve lutar pela efetivação de um modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição (Lopes Jr., 2008).

Nesse sentido, também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, confirma em seu artigo 8º, inciso II, letra g, garante “o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, configurando um verdadeiro direito de permanecer em silêncio, como método de proteção, até que haja assistência da família e do advogado. (BRASIL, 1992).

Para Albuquerque (2008, p. 46):

Assim, a garantia de não auto-incriminação destaca-se como verdadeira autolimitação e meio de regulação do dever-poder de punir do Estado, que não reconhece como válida uma persecução possivelmente mais eficiente, quando levada a cabo a partir de agressões às integridades física, psíquica e moral do investigado/acusado. Todavia, para além disso, invocar o *nemo tenetur se detegere* para ser um exercício abusivo da garantia fundamental por parte do indivíduo e sua legitimação pelo Poder Público (seja por intermédio de leis, seja por meio de decisões emanadas em processos administrativos ou pelos órgãos do poder judiciário) acaba por configurar injustificável convivência com as práticas criminosas que violam direitos fundamentais dos membros da sociedade e desta como unidade.

Pode-se dizer que o direito ao silêncio deriva da presunção de inocência, uma vez que enquanto não houver trânsito em julgado de uma decisão condenatória não há que falar-se em culpado, portanto, não deve a pessoa indiciada para se declarar culpada. A esse respeito, Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p.123) afirma que “esse direito afeta a carga probante, de modo a impedir que a omissão ou inércia do indiciado venha a ser utilizada em seu desfavor, impondo, o ônus da prova à acusação.”

Nos dizeres de Maria Elisabeth Queijo (2003, p. 190):

Trata-se o direito ao silêncio do direito que o acusado possui de não responder às questões formuladas pela autoridade policial, não podendo este silêncio ser utilizado contra este, caso não haja acompanhamento técnico. De modo que se transmuta no reconhecimento da liberdade moral do acusado.

O direito ao silêncio encontra amparo tanto na Constituição quanto no Código de Processo. Este prevê em seu texto que incumbe tanto a autoridade policial quanto a autoridade judicial informar ao acusado sobre o seu direito de permanecer calado, conforme apregoam os artigos 5º, LXIII da CF/1988 e art. 186 do Código de Processo Penal.

No entanto, há que se mencionar que não se trata de proteção à mentira, ou que exista um direito de mentir, mas de uma faculdade de permanecer em silêncio, mesmo porque o acusado não assume o compromisso de falar a verdade, não há exigibilidade para que ele mencione informação que lhe comprometa durante o interrogatório.

O ato de interrogatório deve ser tratado como um ato de defesa, uma vez que é nesse momento que deve ser dada a oportunidade para o indiciado de exercer a sua defesa pessoal. Para tanto, deve ser considerado como um direito e não como um dever, sendo assegurado o seu direito ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para si qualquer prejuízo jurídico - processual.

O direito de permanecer em silêncio tem o condão de proteger o acusado dos excessos da autoridade que lhe ouve, principalmente durante o interrogatório, uma vez que, em alguns casos, a referida autoridade, munida do desejo de alcançar a verdade, acaba por extrapolando seu dever, fazendo com que o indiciado venha a assumir atos dos quais não participou, o que culmina em desrespeito a direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2014, p. 231) se manifesta:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia a autodefesa negativa, pois nesse caso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise).

É oportuno esclarecer que é no interrogatório que o indiciado tem a oportunidade de expor à autoridade policial sua versão dos fatos. O interrogatório reflete o momento em que o acusado/indiciado utiliza para se justificar ou mesmo negar a autoria e materialidade do fato que lhe é imputado (Lopes Jr., 2009, p.188).

Apesar de não ser o acusado obrigado a responder as indagações acerca de materialidade dos fatos, ou mesmo de participar passivamente de coletas, como por exemplo, o teste de "bafômetro", o mesmo não poderá este se negar a prestar informações sobre seus dados de identificação, haja vista o fato de tais informações não estarem interligadas com o delito.

Segundo Nicolitt (2014; p. 32) "a doutrina se divide em relação ao enquadramento do uso do etilômetro, vulgarmente conhecido no Brasil como bafômetro, na categoria de intervenções corporais. E Nicolitt (2014) continua ressaltando que "a discussão está associada ao tema reserva de jurisdição, pois alguns entendem que todas as intervenções corporais dependem de autorização judicial e o referido teste de alcoolemia só dispensa a ordem judicial e pode ser realizado diretamente pela polícia, por não ser verdadeiramente uma intervenção corporal. Para esta corrente, não há que se falar em intervenções corporais leves que dispensariam autorização judicial.

Amaral (2009, p. 33) menciona que:

Atualmente a vedação de auto-incriminação significa a garantia de que ninguém poderá ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal e que será igualmente vedada a criação de qualquer prejuízo ou interpretação desfavorável ao indivíduo que optar por exercer esse direito.

O direito de permanecer calado é reconhecido pela doutrina como espécie de outro princípio, o da não autoincriminação, que possui maior abrangência – por muitos elevados à categoria de princípio geral do Direito – afirmando que nenhum acusado pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo. De acordo com Aury Lopes Júnior (2001, p. 320), *in verbis*:

Muito embora a Constituição limite-se a dispor sobre o direito do preso de se calar, a doutrina parece reconhecer, com pequeníssima margem de hesitação, a existência do citado instituto, dando a expressão “não produzir” uma acepção tão ampla que se estende para além de seus significados, semântico e jurídico, abrangendo então a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido a participar, prestando qualquer forma mínima de colaboração, de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial. Entre tais atividades, costuma-se incluir o fornecimento de materiais para exames periciais (desde padrões gráficos, para perícia grafotécnica, até amostras de sangue, para testes de alcoolemia ou exame de DNA) e a participação em meios de prova previstos no Código de Processo Penal, entre os quais a acareação e a reconstituição simulada do crime.

No entanto, o legislador constituinte afirma a existência de um direito-garantia ampla que tem o poder de limitar a atuação estatal na tutela penal, principalmente no que diz respeito ao direito de permanecer em silêncio, pautando sua razão na proteção da integridade física e dignidade do acusado, até mesmo em razão da coleta de depoimento distorcidos em razão da pressão para confissão de autoria de delitos (Souza, 2005).

A importância do estudo da garantia de não autoincriminação se resguarda em razão da ausência de uma regulamentação plausível da matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Para Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 6), “o instituto sequer é suficientemente explicitado na Constituição, que, não vai além do reconhecimento do direito do preso de se calar”.

Por outro lado, pauta-se a garantia da não autoincriminação do ponto de vista processual sobre o princípio da inocência, uma vez que a consequência imediata é o estabelecimento da instrução probatória, onde a certeza não pode ser construída através de omissão ou inércia do acusado como método de defesa (HADDAD, 2007, p. 148).

Ademais, o silêncio do acusado não pode ser analisado em seu desfavor, haja vista o fato de o acusado ser presumidamente inocente. É no interrogatório que a garantia da não autoincriminação manifesta-se plenamente. Atentando-se para o fato de que o indivíduo que tenha se



amoldado em uma conduta criminosa possua garantias penais e processuais penais, diante do Estado repressor. No entanto, o Estado não pode se desvencilhar do controle penal, uma vez que a sua missão é proteger a convivência social (FRANCO, 2005, p. 53).

Diante de assegurado direito ao silêncio sem qualquer reserva na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos, por lógica jurídica, o sistema interno não pode atribuir ao seu exercício qualquer prejuízo. Nesse viés, temos que o direito ao silêncio é muito mais amplo, conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como com sua recusa a participar do interrogatório, haja vista que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que venha a incriminá-lo.

Por fim, temos que o princípio da presunção de não-culpabilidade não resulta no direito de não participar do processo, tem o condão apenas de garantir que a inatividade do acusado não possa resultar em consequências adversas do interesse do acusado.

### 3.1 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E A COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO

Há no esteiro jurídico, a grande máxima de que os princípios fundamentais devem ser observados em seu conjunto, de acordo com uma interpretação em consonância com a concepção de Estado e de realidade social.

Como o histórico da humanidade e do direito nos revela, os avanços tecnológicos antecedem a sua própria regulamentação jurídica. Nesse sentido, existe sempre o risco de o homem estar a serviço da tecnologia sem qualquer obediência às regras. Com isso, faz-se necessária a observância aos princípios informadores do Direito, de modo a regulamentar e impor limites a atuação do agente representante estatal.

A simples correspondência aparente entre o tipo penal e o fato não era mais suficiente para resolução de problemas diários, nos quais a intervenção penal se

fazia claramente desnecessária. O sujeito não pode ser punido por autolesão, nem pelo seu caráter (afastando-se o direito penal do autor), mas apenas pelas condutas praticadas (favorecendo o direito penal do fato).

De qualquer maneira, nem toda lesão a bem jurídico com desiderato penal carece de intervenção penal, pois determinadas lesões são insignificantes, de forma que a intervenção penal nesses casos seria extremamente grave, desproporcional, mostrando-se verdadeiramente desnecessária.

O princípio da proporcionalidade tem sua importância pautada no fato de se aplicar a razoabilidade aos atos estatais no momento da sua aferição, funcionando como verdadeira contenção aos excessos cometidos pelo Poder Público. É uma regra fundamental, e, por assim ser, tem como principal campo de atuação e fiscalização, o campo dos direitos fundamentais, enquanto critério apto à valoração constitucional das restrições que podem ser impostas individualmente aos cidadãos pelo Estado.

No entanto, a proporcionalidade e razoabilidade são responsáveis por impor a proteção ao indivíduo contra as intervenções estatais excessivas que culminem ou possam culminar em danos à sua vida e dignidade.

A esse respeito Távora e Alencar afirmam que o campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Admite-se que o referido princípio deve ser tratado como um super princípio capaz de quebrar a composição de um aparente conflito principiológico, como exemplo temos a proteção à intimidade *versus* a quebra de sigilo.

Vale salientar que no choque entre regras, ao contrário do que ocorre entre os princípios, não se invalida uma regra em relação à outra, porém provoca-se juízos de preponderância considerando as circunstâncias *in concreto* averiguadas, já que os direitos fundamentais são dotados da dimensão do *peso* e da *importância*.

Quando os princípios se entrecruzam, aquele que vai resolver o conflito (julgador) tem de levar em conta a força relativa de cada um. Portanto, há

que se considerar o *núcleo essencial* de cada um dos direitos fundamentais envolvidos e buscar sua coordenação, evitando que um restrinja o outro, porque a congruência e a completude são elementos essenciais entre estes direitos, senão prevalência de uns sobre outros (concepção elástica dos direitos fundamentais). (CARVALHO, 2014, p. 121)

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade deve ser observado sob a ótica de proibição ao excesso do agente estatal sobre o indivíduo, de modo a garantir-se a proteção de todos os direitos inerentes ao cidadão, esteja este sendo imputado pela prática de crime ou não. Nesse sentido, limita os árbitros jurídicos durante a persecução penal, sendo vedada a atuação abusiva do Estado.

Por sua vez, a doutrina brasileira tem aceitado a utilização de provas obtidas por meios ilícitos em razão de o princípio da proporcionalidade *pro reo*, uma vez que esta pode ser admitida e valorada apenas quando se revelar a favor do réu, quando a ponderação entre o direito à liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito sacrificado na obstinação de comprovar a sua inocência. Não pode o Estado possuir interesse na punição severa de um inocente, o que poderia supor na impunidade do verdadeiro culpado.

A esse respeito, Guilherme Nucci (2007, p. 121) explana que:

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria a absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. O direito de defesa apregoadado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o princípio da presunção de inocência, também esculpido no artigo 5º, inciso LVII, devem ser sopesados quando em confronto com o *jus puniendi* estatal.

Para Nicolitt (2012; p. 143) "pode-se constatar que, evidentemente, o requisito da legalidade está previsto, uma vez que a própria lei n.º 12.654/12 que ora se estuda permite a identificação criminal por meio de coleta de material biológico. Presente também o requisito da judicialidade, uma vez que a própria legislação infraconstitucional determina a submissão de tal restrição de direito fundamental à autoridade judiciária competente."

Mesmo com a presença dos requisitos principiológico de relevância constitucional, como a proporcionalidade e razoabilidade, devem segundo QUEIJO (2003, *apud* NICOLITT, 2014, p. 142) "para que haja restrição a direito fundamental utilizando-se o princípio da proporcionalidade, presentes devem estar dois pressupostos: da legalidade e o princípio da justificação teleológica", assim esclarece NICOLITT (2014; p. 142 143), *in verbis*:

O primeiro determina que para que haja qualquer restrição a direito fundamental assegurado constitucionalmente deve existir lei prevendo a mencionada restrição; *nulla coactio sine lege*." Já a justificação teleológica determina que os fins sejam legítimos para que a restrição possa ser operada, é necessário que os valores que amparam a limitação sejam igualmente importantes e amparados constitucionalmente. (...) Contudo, considerando-se o que já foi exposto no presente trabalho (inclusive quando da explanação acerca do princípio da proporcionalidade), entende-se não esta presente a justificação teleológica para a limitação dos direitos à privacidade/intimidade, à integridade corporal e psíquica e a dignidade da pessoa humana, para assegurar-se a extração de material biológico coercitivamente com a finalidade de identificar criminalmente o investigado/indiciado.

Ademais, a coisificação do réu deve ser analisada, principalmente quando se observa que o tratamento dispensado ao imputado durante a fase pré-processual ou processual que é extremamente severa. O indivíduo em alguns casos é tratado como mero objeto de prova, ou, instrumento através do qual deve ser extraída a "verdade". No entanto, o suspeito, indiciado, réu ou acusado, deve ser visto como sujeito de direitos, e, desse modo, ter resguardado um dos seus principais direitos, qual seja, o de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter – *nemo tenetur se detegere*) (Lopes Jr., 2013).

Em breve comentário, citamos que segundo a fórmula de Daring (2015), a dignidade humana é violada toda vez que o homem é coisificado. Tal diretriz consubstancia-se como importante limite ao transcurso processual e da própria investigação preliminar, justamente porque há inevitavelmente graves lesões à esfera individual do imputado decorrentes dessas atividades persecutórias, prévia e posterior do Estado no exercício do *ius puniendi*.

A problemática referente ao princípio da não autoincriminação pode ser observada também no campo das intervenções corporais. Diante do avanço das tecnologias e principalmente no que tange à coleta de provas, a coleta de material genético desempenha um papel fundamental na investigação preliminar moderna, podendo ser decisiva no momento de definir ou excluir a autoria delitiva. Contudo, ainda assim existe possibilidade de recusa. Entretanto, quando as células corporais necessárias para realizar uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos, tais como mostras de sangue, cabelos, pêlos, no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, podem ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e apreensão domiciliar ou pessoal (DURING, 2014, p. 641).

A esse respeito, o autor, citando Gossel, explana a possibilidade e licitude da obtenção de provas sem que haja intervenção corporal, *in verbis*:

A obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc.) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca ou apreensão previstas no art. 240 e seguintes do CPP.

Desse modo, inexistente problema quando a obtenção do material genético se realiza através de coleta em roupas, travesseiros, escova de dentes e outros objetos que podem ser imputados à vítima, conforme lista de vestígios, fontes de DNA, constantes no anexo D.

Desta forma, mesmo com a ressalva promissora não há previsão legal para as intervenções corporais sem o consentimento do acusado, como no caso de haver necessidade de obtenção de células corporais diretamente do organismo do réu para elucidação de um crime. Nesses casos, pode haver recusa, fundada no seu direito de não fazer prova contra si mesmo, direito este decorrente da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio).

Com tal perspectiva, segundo ASSIS (2016; p. 262) "conforme exposto em linhas retro, a Lei n. 12.654/2012 omitiu-se quanto à regulação de questões imprescindíveis, como a forma de obtenção do material genético para a realização do exame de DNA (urina, sangue, saliva, pelos, unha, fios de cabelo), e em relação à possibilidade de realização de tais medidas durante o processo criminal, dentre outras, o que só fortalece a ocorrência de regulamentação insuficiente e inidônea."

A presunção de inocência que recai sobre o acusado possui reflexos durante o exercício do seu direito de defesa, principalmente no que tange à sua inércia em não produzir prova contra si mesmo, haja vista tratar-se de um direito que não pode ser limitado.

No entanto, a Lei nº 12.564/2012 foi responsável por autorizar o legislador para realizar a intervenção corporal, independente de consentimento do imputado como forma de identificação criminal, tendo mudado a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal. Portanto, "em duas situações (investigado e apenado), o indivíduo está obrigado a submeter-se à intervenção corporal (voluntariamente ou mediante coerção) para fornecimento de material genético" (OP. CIT, p. 644).

Uma vez coletado o material biológico, este será armazenado no banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federais, mediante prévia autorização judicial. Apesar de ser possível restringir o princípio da não autoincriminação durante a realização da coleta coercitiva, esta deverá ocorrer de maneira adequada e indolor, não podendo revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, com exceção da determinação genética de gênero.

Mas se torna indispensável nesse âmbito a observância do princípio da proporcionalidade, estabelecendo-se uma ponderação de valores, de modo que é necessário avaliar a sua utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição apta a revelar a inocência, através da prova e do meio de obtenção desta.

De acordo com Carvalho (2014, p. 74), "a doutrina europeia sustenta que toda medida coercitiva de violação corporal pressupõe a observância de, ao menos, três requisitos de validade: legalidade, jurisdicionalidade e proporcionalidade."

De fato, a despeito dos estudos sobre o tema, considerar que segundo o "princípio da proporcionalidade deve ser tratado com a máxima cautela no âmbito processual penal (mormente brasileiro)" (Carvalho, 2014, p. 121). A proporcionalidade e a razoabilidade devem ser aplicadas de maneira correta, sopesada, de modo a se adequar ao caso concreto, observando-se os direitos que estão em conflito, uma vez que se trata de "um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, palpável de modo a impor a restrição de direitos fundamentais" (Lopes Jr, 2013, p. 234).

O próprio juízo da proporcionalidade é, enquanto (pré)conceito a ser interpretado, facilmente manipulável pelo discurso (de verdade) do "monastério dos Sábios. No (desproporcional ou cego) processo penal pátrio, tal técnica constitucional de ponderação serve para fins eminentemente antidemocráticos, ou até mesmo humanitário (grifo nosso), uma vez que, como relembra Aury Lopes Jr, há uma "quantidade imensa de decisões e até de juristas que operam no reducionismo binário do interesse público x privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público." (CARVALHO, 2014, p. 124).

Por fim, é entendimento do Supremo Tribunal Federal que é "impossível obrigar o indiciado a participar de intervenção corporal contra sua vontade que possa representar a obtenção de provas de sua autoria ou participação a ser utilizada em processo penal, sob pena de claríssima violação ao "*nemo tenetur*" (STF, HC 71.373, j. 10/11/1994). A dignidade humana resta violada, caso não exista o consentimento do indiciado, a colheita deverá ocorrer com o emprego de força sobre o corpo para vencer a resistência do indiciado.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a matéria. A ministra Cármen Lúcia (STF) julgou procedente a Reclamação (RCL) 24484, que foi ajuizada pelo Min. Público de Minas Gerais contra acórdão do

Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) que, em julgamento de recurso em execução penal, reformou a decisão do juízo *a quo* determinando a coleta de material biológico de uma ré para fins de elaboração de seu perfil genético.

Na decisão da reclamação, a relatora pautou-se no entendimento de que a decisão do TJMG ofenderia aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da autoincriminação, bem como a observância ao descumprimento a Súmula Vinculante n. 10, do STF que proíbe aos órgãos fracionais de tribunais de afastarem, quer seja no todo ou em parte, a incidência de lei ou ato normativo do poder público sob alegação de inconstitucionalidade.

Em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 973837, mas em data anterior, com matéria jurídica de mesmo teor, o Supremo Tribunal Federal - STF, por meio do de decisão do ministro Gilmar Mendes (STF) decidiu que a matéria tem repercussão geral reconhecida por unanimidade, pelo plenário Virtual da Corte, em que a norma questionada, Lei n. 12.654/2012, que introduziu o art. 9º - A à Lei de Execução Penal deverá passar pelo crivo de constitucionalidade pelo tribunal, uma vez que, está em discussão os limites do Estado para efetuar tais procedimentos, como a coleta de material biológico e o armazenamento dos dados coletados, e que o direito comparado tem apresentado que tais práticas se encontram sob a proteção do princípio da inviolabilidade da vida privada.

## **4 RELEVÂNCIA PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL**

### **4.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL**

Ainda que a contragosto, o inquérito policial é considerado um importante instrumento de persecução penal, contribuindo sobremaneira para a justiça criminal. Atualmente, prega-se a sua dispensabilidade, uma vez que outras formas de investigação também são admitidas.

Segundo Silva (2013, p. 56):



Em se tratando da Polícia Federal e das Polícias Cíveis, os atos de apuração são condensados no que se denomina inquérito policial. Trata-se, pois, de um conjunto de atos de natureza administrativa (não judicial) tendente a obter as informações possíveis e razoáveis a cerca da autoria e das circunstâncias de fato certo determinado, e que, em tese, guarde correspondência com alguma previsão legal de infração penal, cujo destinatário é o titular da ação penal.

Para Nicollit (2014, p. 115):

O inquérito, como prática essencialmente religiosa que predominou durante toda a Idade Média, e, com a ascensão da igreja, como único corpo econômico e político coerente, foi estendido à apuração dos pecados, das faltas, dos crimes e da administração dos bens, com a consolidação dos Estados como centro do poder, passou a ser o modelo prevalente na solução dos conflitos.

Segundo Zanotti e Santos (2016) consiste o inquérito policial como um instrumento conduzido por órgãos oficiais, a exemplo das Polícias Cíveis e Federal, os quais são órgãos que compõem a estrutura de segurança estatal. A autoridade competente pelo gerenciamento e condução do procedimento investigativo é o Delegado de Polícia.

Remontando-se às suas origens históricas, como atividade estatal, o inquérito (*inquisitio*), ainda que com caráter administrativo, funcionava como resposta ao crime praticado, organizado pelos representantes dos soberanos. O seu propósito era o de solucionar, principalmente, questões relativas aos atrasos de impostos, propriedades, crimes, costumes etc.

Enquanto atividade religiosa, a origem do inquérito remonta-se ao *visitatio* que consistia na visita do Bispo (Igreja) à diocese, em que o representante instituiu a *inquisitio generalis* (inquisição geral), com inquirição de pessoas sobre fatos ocorridos em sua ausência.

Segundo Gomes (2015, p. 47):

Em sentido amplo da expressão, inquérito policial é o conjunto das pesquisas e indagações que a autoridade e seus auxiliares empreendem, a partir da primeira hora, para provar a existência da infração da lei penal, apurar a autoria dessa infração e desvendar as circunstâncias do evento, resumindo-se na investigação criminal.

Gomes (2015) ressalta que em sentido em prático-formal, o inquérito consiste num conjunto ordenado cronologicamente e autuado de peças que registram as investigações realizadas em torno da prática de crime que são processadas com o incurso de um escrivão, chamados de autos de investigações.

No Brasil, a estruturação do serviço policial ocorreu em 1832, com a criação do Código de Processo Criminal, em que as investigações eram dirigidas por um Juiz de Paz ou de Direito, os quais eram eleitos como vereadores, marcadas por forte influência política, sem os requisitos de imparcialidade ou de isenção.

O Código de Processo Criminal de 1832 recebeu alterações com Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, que instituiu a figura do Chefe de Polícia, além da função de Delegado e de subdelegado:

"Art. 1º Haverá no Município da Corte, e em cada Província um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necessários, os quais, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiais são subordinadas ao Chefe da Policia.

Art. 2º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaisquer Juizes e Cidadãos: serão todos amovíveis, e obrigados a aceitar.

Art. 3º Os Chefes de Policia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao trabalho, ainda quando não acumulem o exercício de um e outro cargo." (BRASIL, 1941).

A partir do Código de Processo Penal atual é que houve reformulação da investigação policial, bem como conferiu ao Delegado de Polícia a condução e chefia do inquérito policial. No entanto, a função de Delegado de Polícia somente

passou a existir com a atual Constituição, uma vez que, se tratava de função comissionada.

Com o Código de Processo Penal (CPP) em vigor, as disposições sobre o inquérito policial assaram a ser dispostas a partir do art. 4º ao art. 23, do Título II, do Livro I, Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (CPP). O art. 4º, *caput*, dispõe que as atividades de polícia judiciária serão exercidas pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (BRASIL, 1941).

Posteriormente foi promulgada a Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013 (Lei de investigação criminal), que passou a dispor sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, depois do insucesso da Emenda Constitucional n. 37, ou PEC 37, que pretendia conferir exclusividade à Polícia nas conduções de investigações criminais, mas que ao final não foi aprovada. (BRASIL, 1941).

O art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.830/13 estabelece que "as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas do Estado". Atentando-se à redação do dispositivo citado, percebemos que há uma distinção entre as atribuições da polícia judiciária e da polícia investigativa. O art. 4º, *caput*, a CF/88 traz em relação à matéria clara distinção entre polícia judiciária e investigativa, quando dispõe sobre as atribuições da Polícia Federal, respectivamente no art. 144, § 1º, I e II e no art. 144, § 1º, inciso IV, da Carta Magna. (BRASIL, 1988; BRASIL, 2013a).

Nesse sentido e na esteira da Constituição Federal, a Lei de investigação criminal distingue as atribuições, de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que à primeira se atribui a colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações delitivas. Enquanto que a segunda atua como auxiliar do Poder Judiciário, dando cumprimento as ordens judiciais relativas às conduções coercitivas de testemunhas, buscas e apreensões e mandados de prisão, por exemplo.

Mesmo com o relativo caráter judicial da atividade policial, motivo pelo qual o inquérito não possui ainda natureza jurídica, o procedimento dos autos de inquérito consiste primeiramente como administrativo, com informações sobre a autoria e materialidade de infração criminal.

Segundo a Constituição em vigor, no art. 5º, inciso LV, há determinação para que em todo processo administrativo os indivíduos tenham assegurados o contraditório e ampla defesa. Contudo, existe ainda uma forte resistência em se efetivar sua aplicabilidade no âmbito do inquérito policial, já que este não teria caráter processual. Por outro lado, pode-se encontrar na doutrina e na jurisprudência posturas que, a pesar de defenderem a natureza administrativa do inquérito policial, afirmam a possibilidade de concretização do contraditório e ampla defesa do investigado (BRASIL, 1988).

Mesmo que se trate de um importante instrumento probatório, o inquérito poderá ser dispensável à abertura de ação penal, como demonstra o art. 27 e art. 28 do Código de Processo Penal, sendo que nos demais casos demonstra-se que os autos são indispensáveis para o exercício dos atos jurisdicionais, demandados nas instruções criminais. (BRASIL, 1941).

Segundo Zanotti e Santos (2016, p. 148):

Trata-se, portanto, de uma dispensabilidade regrada, na medida em que o inquérito policial, de fato, só é dispensável nos poucos casos em que a vítima ou o Ministério Público possuem documentos suficientes de autoria e materialidade do fato.

A próxima característica está explicitada no art. 9º do CPP, onde "todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. Segundo Zanotti e Santos (2016), essa característica tem sido bastante relativizada em função da informatização da investigação criminal, em decorrência do que preceitua o art. 405, § 1º, do CPP:

Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (BRASIL, 1941).

Com relação ao sigilo, conforme disposto no art. 20, do CPP, trata-se de questão complexa no ordenamento pátrio, já que envolve proteção as testemunhas, o acesso ao inquérito como prerrogativa do advogado em decorrência do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, 1941).

A redação do art. 20 diz que "a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade", mas que se direciona a terceiros estranhos aos autos, não englobando, por exemplo o juiz e o promotor de justiça. O advogado, mesmo sem procuração, poderá ter acesso aos autos do inquérito no interesse de seu representante.

Segundo art. 7º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto dos Advogados), alterado pela Lei n. 13.245/16. De acordo com esse dispositivo, o advogado possui o direito de "examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital" (BRASIL, 1994).

Em um sentido oposto a esse, tem-se a natureza inquisitorial do inquérito, que, de acordo com o Código de Processo Penal, não contempla os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa. Sendo assim, o seu caráter inquisitorial evidencia-se durante toda a instauração do procedimento, quer seja por auto de prisão em flagrante ou mediante ofício (portaria) da autoridade policial.

Destarte, o inquérito policial como procedimento administrativo insere-se nos chamados *atos de investigação*, tão somente pela forma mediante a qual são praticados, inquisitiva, moldada pelo segredo, de forma escrita, mas com ausência ou abrangência limitada do contraditório, mesmo com ampla defesa, uma vez que, não traz em seu arcabouço estruturante a observância dos incisos LIII, LIV, LV e LVI

do art. 5.º e o inciso IX do art. 93 da Constituição de 1988, tendo ainda em seu desfavor o art. 8.º do Dec. n. 678, de 6 de novembro de 1992 (CADH), impingindo negativamente como procedimento que não oferece elementos de convicção valoráveis numa sentença criminal.

Como afirma Lopes Jr. (2014, p. 324):

Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é apenas aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Desta forma, a igualdade sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público.

Em suma, Ferrajoli (1997) corrobora:

Que, na jurisdição, o fim nunca justifica os meios, dados que os meios, isto é, as regras e as formas, são as garantias da verdade e da liberdade, e, como tais, têm valor para os momentos difíceis, mais que para os fáceis; em câmbio, o fim não é já o êxito a todo custo sobre o inimigo, senão a verdade processual, obtida só por seu meio e prejudgada por ser abandono.

## 4.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO MEIO PROBATÓRIO GARANTISTA

O ordenamento jurídico brasileiro estrutura-se sob as bases de um modelo jurídico garantista, assentado na rigidez constitucional e dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Esse paradigma se alastra a todo o campo de direitos subjetivos, quer sejam patrimoniais, fundamentais, estendendo-se aos poderes, estatais e internacionais, limitando-os por meio da sujeição à lei e especificamente aos direitos fundamentais estabelecidos por ela.

De acordo com Lopes Jr. (2014, p. 113):

Sempre se reconheceu o caráter inquisitivo da investigação preliminar e da execução penal, encobrindo o problema da inquisição na fase processual.

Mas, compreendidos os sistemas e os princípios que os estruturam, a conclusão só pode ser uma, como claramente aponta JACINTO COUTINHO: "O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz."

Assim, associado ao garantismo liberal ou penal, especificamente o direito processual penal estabelece que a persecução penal se dá em duas etapas ou fases, sendo a primeira denominada de investigação preliminar criminal que se concretiza com o inquérito policial, por exemplo, enquanto que a segunda fase se dá pelo processo propriamente dito, sendo no primeiro a juntada de provas através de documentos e no segundo a análise jurídica das primeiras que serão apreciadas em instrução e julgamento.

O Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, atualmente vigente, traz em seu cerne a marca ideológica de "trazer o bem", extirpando o mal, como uma máquina penal ainda mais atuante hodiernamente. Sob o crivo de um terreno democrático, faz uso de elementos provenientes do período ditatorial que fundamentou sua elaboração, instrumentalizando os indivíduos processados como exemplos ao bem comum e a paz social.

Sendo assim, esclarecemos que o intuito da investigação criminal consiste no levantamento de indícios, que podem ser obtidos através de vestígios, colhidos no local do crime, e que podem se tornar provas da materialidade e autoria da infração penal praticada. É importante destacar que os meios de obtenção de provas, mesmo que realizados na fase de investigação, devem ser lícitos para que façam parte do arcabouço probatório dos autos *inquisitivo*.

Mas devemos ressaltar que há a observância obrigatória à vedação a obtenção de provas ilícitas que, de acordo com o art. 157 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690/2008. Trata-se de provas obtidas mediante violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, realizadas com afrontamento ao texto da Carta Republicana, como a interceptação telefônica sem ordem judicial, ofendendo-se o art. 5.º, XII, da CF, como o interrogatório judicial sem defesa técnica, afrontando diretamente o art. 185 do CPP e ainda violação indireta ao que reza o art. 5.º, LV, da

CF e por último a intervenção corporal, especificamente a coleta de material biológico, conforme § Único, art. 5.º da Lei n. 12.037/2009.

Aponta Carvalho (2014) que com um norteammento de posição preventiva, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas volta-se para evitar um mal vindouro (e não para reparar infortúnio passado), pois segundo a posição majoritária da doutrina, o intuito é desestimular a atuação "*vale tudo*" em busca da tal verdade real ou material propalada pelos agentes encarregados pela persecução penal, suscitando que seja respeitado os direitos fundamentais.

A partir deste fundamento extraprocessual, de base político constitucional, a inadmissibilidade das provas ilícitas na norma genérica do art. 5.º, LVI, da CF, propõe-se objetivamente impedir que os órgãos da persecução penal transformem a violação aos direitos fundamentais em um inútil ato de investigação, provocando a continuidade da dissimulação de futuras violações, bem como a (des)proporcionalidade da medida.

Albuquerque (2008; p. 51) enfatiza a relevância na obtenção das provas de acordo com a legalidade e protegendo-se direitos fundamentais:

Até porque a proteção da integridade física dos acusados induz a proteção da integridade física de todos os membros da comunidade, sempre sujeitos a verem instaurado contra si um processo de natureza criminal. As garantias processuais exercem, assim, importante função pedagógica, na medida em que a qualificação da prova obtida mediante violação de direitos fundamentais como ilícita e seu conseqüente expurgo do processo gera efeito inverso do pretendido (a não utilização da prova), desestimulando a reiteração de condutas ilegítimas por parte dos agentes públicos.

A jurisprudência pátria (HC 84.409, j. 14122004) já tem se posicionado no sentido de refutar eventual admissibilidade de denúncias genéricas, uma vez que estas consistem em uma flagrante violação à dignidade da pessoa humana, pelos sérios danos causados ao denunciado. Nesse sentido, é necessário um maior "rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso."



Ada Pellegrini Grinover (2014, *apud* Gomes, 2015, p. 72):

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

No caso em estudo, questiona-se a legalidade da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, que regulamentou parte da Lei n. 12.037, de 1.º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Criminal), especificamente o § Único, do art. 5.º, o qual nos remete ao inciso IV, do art. 3.º, da mesma Lei. Este dispositivo autoriza o delegado de polícia a representar pela identificação genético criminal de suspeito, autuado ou indiciado, justamente no transcurso de procedimento policial.

Num contraponto positivo, entendemos que não há por parte dos direitos fundamentais a absoluta predominância deste na existência do Estado Democrático de Direito, como alerta Assis (2016, p. 247):

Sob pena de criarem-se verdadeira "zonas francas" à margem da Lei, onde as liberdades públicas funcionariam como escudo à impunidade, no entanto, igualmente não se concebe a busca desenfreada pela malfadada verdade real ao arrepio dos direitos e garantias do cidadão, sob pena de retorno ao temível sistema inquisitorial que assolou boa parte da história humana.

Para Gustavo Zagrebelsky (2007):

O Estado, em sua atuação, encontra-se vinculado à expressa autorização legal e, na ausência desta, está impedido de afetar os direitos dos cidadãos. Como acertadamente se diz: "liberdade do particular a princípio; poder limitado do Estado a princípio". Diante disso, admitir "*meios inonimados atípicos* (sequer provas!) é crer na (utopia) busca da "verdade real", possibilitando ao Estado de (Polícia) atuação fora dos estritos limites legais.

Assim corrobora Nucci (2012, p. 389):

Os meios de prova são todos os recursos diretos e indiretos utilizados para alcançar a veracidade dos fatos no processo". Por outro lado, as garantias constitucionais são também vistas como direitos, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas diretos instrumentais objetivando a tutela do direito principal.

Mesmo assim, nessa outra ótica, Queijo (2003, *apud* CARVALHO, 2014, p. 68) afirma que:

A recusa do imputado em submeter-se às provas (aos meios de levantamento probatório, grifo nosso) ou aos atos de investigação que dependam de sua colaboração (ativa ou passiva) - inequívoco exercício regular de um direito fundamental - não pode configurar crime de desobediência e disso não pode ser extraída qualquer presunção de culpabilidade.

Portanto, para que possamos atingir um ponto de equilíbrio de um sistema punitivo garantista, assim como o exigido pela Carta Política em vigor, é imprescindível encarar a afirmação de Lopes Jr. (2014, p. 113) que "o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional."

Como perquirido anteriormente, toda e qualquer investigação criminal deve ser conduzida por delegado de polícia, que tem suas atribuições elencadas na Lei n. 12.830/13, e todas as medidas cautelares, reais ou pessoais, além de outras estão dispostas no Código de Processo Penal, asseguradas como atribuições da polícia civil, conforme dispõe o art. 144, § 1º, inciso IV da Carta Magna.

Julio Fabrini Mirabete (1995, *apud* LIMA, 2015) traz um conceito para polícia como sendo instrumento da Administração pública, ligada ao executivo, de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade, com os recursos de que dispõe, a busca pela paz pública, bem como a segurança individual.

Sendo assim, compete a polícia, por meio do delegado de polícia, durante a condução do inquérito policial, o dever de agir de acordo com a legalidade e imparcialidade para que a discricionariedade que determina o rumo das diligências, considerando as peculiaridades do caso concreto, não sejam direcionadas à condenação e nem a absolvição de quem esteja sendo submetido ao crivo do *ius puniendi* estatal.

No tocante às atribuições de apuração de infrações penais conferidas aos órgãos policiais do Estado brasileiro, não há entre as Polícia Federal e Civil a cláusula de exclusividade, ou ainda, as privativas ou de monopólio, cabendo a eles por meio de seus procedimentos, assim que tomar conhecimento de fato criminoso com respectiva autoria, de pronto encaminhar as informações preliminares ao Ministério Público, para que haja o desencadeamento de persecução penal.

A discricionariedade atribuída ao cargo de delegado é para que haja dentro dos limites regulados pela lei, evitando assim arbitrariedades ou abusos de poder, não permitindo à autoridade policial a condução de diligências investigatórias contrárias à legalidade, quer seja no que tange ao controle de constitucionalidade ou de convencionalidade que se subordina a legislação infraconstitucional vigente.

Vislumbrando novos patamares da atividade policial de carreira jurídica, discute-se se a autoridade policial poderia no uso de suas atribuições fazer controle de convencionalidade diante de norma que já foi revogada, ou então, poderia deixar de aplicar norma que contrarie tratado de direitos humanos, mesmo em detrimento de lei pátria, uma vez que, estaria apenas aplicando norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange ao papel da defesa técnica, esta pode impugnar pelo arquivamento do inquérito policial por via judicial, com a possibilidade de o advogado impetrar *habeas corpus* (art. 5.º, LXXVII, da CF) e o mandado de segurança (art. 5.º, LXIX, da CF) no transcurso de inquérito policial, já que tais remédios constitucionais se qualificam como instrumentos de defesa. (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, CARVALHO (2014, p. 129) destaca que:

Confiar as instituições policiais no trato da investigação, um dos pontos mais sensíveis do processo penal, isto é, a proteção dos direitos e garantias fundamentais do imputado de forma proposital é desconhecer completamente a pungente realidade existente nas delegacias brasileiras e, ainda mais, ridicularizar o espírito do texto constitucional.

De acordo com o § 2º, art. 2º da Lei n. 12.830/13, cabe ao delegado de polícia no transcurso da "investigação criminal, a requisição de perícias, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos." Conquanto, lembremos que algumas diligências dependem de autorização judicial, ou seja, se sujeitam à cláusula de reserva jurisdicional ou de jurisdição, como por exemplo, a prisão temporária, prisão preventivas, mandado de busca domiciliar, e ainda a identificação criminal com a coleta de material biológico. (BRASIL, 2013a).

Tratam-se de medidas cautelares pessoais e reais, solicitadas pelo delegado junto ao magistrado, mas que devem ser realizadas por meio de representação da autoridade policial, a exemplo da identificação criminal, conforme Lei n. 12.037/2009, que dispõe em seu art. 5º, § Único que "na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético". (BRASIL, 2009).

Com efeito, o Código de Processo Penal, em seus art. 6º e art. 7º esboçam um rol exemplificativo das diligências que podem ser utilizadas pelo delegado de polícia. A partir do momento em que tomar conhecimento da prática de infração criminal, deverá direcionar pautar sua atividade no levantamento documental, que pode ser por meio de oitivas, declarações, depoimentos, autos de qualificações e interrogatórios, acareações, reconhecimentos, relatórios de investigação, auto de busca e apreensão, busca domiciliar, laudos etc. (BRASIL, 1941).

Neste sentido, salientemos que as investigações passadas a autos de inquérito policial não possuem o condão direcionado embrionariamente para absolvição ou para a condenação do investigado, uma vez que, o propósito do inquérito policial não é de apenas subsidiar futura ação penal, mas principalmente

fornecer elementos informativos indispensáveis para a configuração probatória no transcurso processual.

Assim, afirma Giacomolli (2011, *apud* SILVA, 2013, p. 57):

As dimensões da ampla defesa e do contraditório, na fase preliminar do processo penal, não são as mesmas das verificadas em juízo", corroborando com a ampla doutrina e jurisprudência, consistindo assim de peça meramente informativa, cf. HC 151.415/SC/STJ.

Nesta mesma seara, mas no caminho de criar novas alternativas ao inquérito e propositura de ação penal, temos a recente publicação do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, a Resolução 181/17/CNMP que prevê um tipo de acordo penal, com a nomenclatura jurídica de "acordo de não persecução penal", o qual teve como fundamento a justificativa de que a Constituição prima pela eficiência e pela opção do sistema acusatório, e não pelo sistema inquisitório. Tal medida terá repercussão direta na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais brasileiras, segundo comentários do Promotor Público Rogério Sanches.

Na verdade, o inquérito policial é um dos principais instrumentos penais porque materializa praticamente todo o conjunto probatório. Afinal, além de a instrução em juízo ser pouco efetiva, ela basicamente reitera as provas produzidas *no transcurso do referido procedimento (grifo nosso)* (ZANOTTI; SANTOS, 2016, p. 148).

Conquanto, a jurisprudência aponta direcionamentos de que o inquérito policial deve ter o viés do devido processo legal, como podemos perceber na Súmula vinculante n. 14 que dispõe que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante da ausência de intimação de defensor

público para fins de julgamento do recurso, constata-se, no caso concreto, que o constrangimento alegado é inegável. No que se refere à prerrogativa da intimação pessoal, nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que essa há de ser respeitada. [HC 89.176, rel. min. Gilmar Mendes, j. 2282006, 2ª T, DJ de 2292006.]

Assim argumenta Lopes Jr. (2014, p. 337) mesmo com a afirmação genérica e infundada de que no inquérito policial não existe direito de defesa e contraditório, basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão dos fatos); ou negativa (usando seu direito ao silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através de *habeas corpus* e do mandado de segurança”.

No entanto, a questão é o contraditório que tem não tem sua extensão aproveitada no inquérito policial, tendo em vista que na fase pré-processual, das informações obtidas, não existe uma relação jurídico-processual, isto é, a estrutura dialética própria do processo, já que não há um exercício a uma pretensão acusatória, portanto sem exercício de defesa ao imputado.

Como já expomos, considerando que o inquérito policial apenas gera atos de investigação, como desdobramentos endoprocedimentais, serve para fundamentar decisões interlocutórias, tomadas durante seu transcurso, a exemplo das representações por prisão preventiva e temporárias, até mesmo as buscas e apreensões, dentre outras medidas cautelares elencados no CPP, mas que inevitavelmente, em sua grande maioria, serão repetidas na fase processual.

#### 4.3 A COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO NO TRANSCURSO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

As intervenções corporais são o gênero, onde temos a coleta de material biológico como espécie. Esta, por sua vez, traz bastante controvérsias doutrinárias, principalmente no que tange à legalidade de o delegado de polícia representar pela

autorização judicial desse tipo de "identificação", por exemplo, no corpo do imputado ou até da vítima, agravado pela ausência de consentimento, com o propósito de coletar material biológico como sangue, saliva ou pêlo (cabelo).

De acordo com a doutrina processual penal, o imputado tem o direito ao silêncio, e, portanto, não está obrigado a colaborar com as investigações, "manter-se calado" em todos e quaisquer atos processuais, sem exclusão das investigações preliminares, com consequente instauração de inquérito, quer seja pela modalidade de flagrante delito, como de portaria, em que se procede ao auto de qualificação e interrogatório.

Nesse sentido, o autuado e, ainda não indiciado, deve suportar as ingerências corporais que de forma objetiva, contribuindo para o desenlace da autoria delitiva, quiçá a culpabilidade prévia, declarada mesmo antes de se ter o *status* de processado.

Como destaca José María Ascencio Mellado (*apud* CARVALHO, 2014, p. 69):

As intervenções corporais são verdadeiras *obrigações processuais*, visto que o imputado deve suportar passivamente toda e qualquer diligência em seu corpo, sob pena de se chegar a absurdos que tornariam totalmente ineficaz o processo penal.

Convencionamos em afirmar que isso também é em decorrência de uma evolução das técnicas de investigação e dos meios de obtenção de provas, como a interceptação, o exame etilométrico, com repercussão direta do direito processual penal, exigindo do indivíduo participação efetiva na elucidação dos fatos, já que as declarações por si só não eram mais suficientes, como as prestadas em interrogatórios, ocasionando outras diligências, como atos de investigação e atos de provas. Como explica Ortells Ramos (*apud* LOPES JR., 2014, p. 322) "uma mesma fonte e meio podem gerar atos com naturezas jurídicas distintas e, no que se refere à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: atos de prova e atos de investigação."

Lopes Jr. (2014, p. 322) preconiza enfaticamente e:

Esclarece que há uma distinção entre atos de prova e atos de investigação, sendo os primeiros dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma informação, pois integram o processo penal, servem para formar o juízo de certeza e a sentença, exigindo ainda a observância da publicidade, contradição e imediação, bem como são praticados ante o juiz que julgará o processo; enquanto que os atos de investigação se caracterizam como uma hipótese da fase pré - processual ou de investigação preliminar, objetivando formar um juízo de probabilidade e não de certeza, já que não estão destinados à sentença, mas a demonstrar o *fumus commissi delicti* da infração cometida para justificar o processo e são praticados pela Polícia Judiciária e o *Parquet*, no entanto sem a observância da publicidade, contradição e imediação.

Com a análise do *nemo tenetur se detegere* a partir da Constituição, disposto no art. 5º, inc. LXIII, atentamos que não se dá ao direito ao silêncio a conotação de norma que o princípio da não auto-incriminação deveria ter, e que também sofre positivamente os impactos ou reflexos dos pactos internacionais relacionados com a matéria.

A lógica para tal intento pode ser explicada pelo fato de que há por parte da doutrina a sustentabilidade das intervenções corporais quer sejam invasivas ou não, pois deveriam depender da colaboração do indiciado/indiciado pois, segundo ASSIS (2016; p. 192) "afrontar ao *nemo tenetur se detegere*, porém flexibilizando tal inadmissibilidade em caso de existência de regulação legal que restrinja o direito a não autoincriminação e de determinação judicial com sustentáculo no princípio da proporcionalidade."

Tal posicionamento é denotado por QUEIJO (2012) (*apud* ASSIS, 2016, p. 192 - 193):

Aplicam-se às violações do *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da cooperação do acusado as considerações antes tecidas em relação à ilicitude da prova e suas consequências. As provas colhidas com infringência ao princípio em foco são ilícitas. São exemplos de provas ilícitas por violação ao *nemo tenetur se detegere* a reconstituição do fato, que for produzida mediante coação exercida contra o acusado para que dela participe; o reconhecimento no qual se obrigue o acusado a ostentar determinada feição; o exame grafotécnico realizado em colheita de material



gráfico do acusado sob pena de desobediência; o exame de DNA realizado mediante execução coercitiva de coleta de sangue do acusado. Havendo lei restritiva do *nemo tenetur se detegere*, mister examinar se ela atende ao princípio da proporcionalidade. Se não atender, será eivada de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a prova colhida com suporte nela será ilícita.

Diante de tantas possibilidades ainda a porvir, Assis (2016) nos impulsiona que ao anseio legal a ser alcançado e mesmo diante de intervenções invasivas, antecipada com o requisito de consentimento do sujeito, com as cautelas de risco à saúde, não prescindindo das discussões que envolvem o assunto, o direito a autodefesa negativa e o *nemo tenetur se detegere* é irrenunciável, uma vez que o indivíduo está cientificado das consequências de fato.

Dessarte, enfatizamos que a garantia de não autoincriminação singulariza-se como mais uma das formas de proteção aos direitos fundamentais, que foram instituídas pelo Estado Democrático e “não como mero entrave à atividade persecutória do Estado. Sendo assim, se alguém se recusa a contribuir com a produção de determinada prova (requerida por quem lhe tem o ônus e determinada pela autoridade competente), deve fazê-lo por que sua contribuição representa, em alguma medida, uma agressão a seus direitos fundamentais e não por simples receio de ser condenado” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 49).

Para Nicollit (2014, p. 117):

Não há dúvida de que, por meio de amostras biológicas, se obtém informações (genéticas), o que subsume nos termos do artigo primeiro da Convenção CCT (*grifo nosso*), ou seja, o emprego de força física sobre o corpo causa dor ou sofrimento agudo, físico e mental, e tal emprego tem por intenção obter informações contidas nas amostras corporais, ou seja, não na mente, mas no próprio corpo.

Para Schiocchet (2012, p. 4) a expressão informação genética possui uma ambigüidade oscilante, entre a designação de estruturas e de processos moleculares, de um lado, e a designação do saber científico a eles pertencente, de outro, mas o segundo ponto de vista nos importa neste instante, ou seja, "o

conhecimento genético como conjunto de representações simbólicas, ditas científicas, que, com o auxílio de técnicas, permitem o acesso e a apropriação da informação genético molecular" e, que interessa para a pesquisa de diferentes usos que se pode alcançar com a informação genética em relação às pessoas em quase todos os âmbitos, como o médico, econômico e notoriamente no criminal.

De certa forma, há uma cegueira coletiva ou "foraclusão" sobre a incidência direta desses Pactos Internacionais que tratam da matéria. Juan-David Nasio (2011, *apud* CARVALHO, 2014, p. 104) tem a seguinte explicação sobre a foraclusão que se trata de uma "falha psíquica na origem dos estados psíquicos que incapacita o sujeito de reconhecer o que se percebe, embora seus órgãos sensoriais permaneçam intactos", ou seja, o sujeito que *foraclude* a realidade não pode reconhecer o que, entretanto, esteja diante dele, como uma recusa com a cabeça e um aceite com os olhos.

Deste modo, conquanto a CADH ratificada pelo Brasil, promulgada através do Dec. 678, de 06 de novembro de 1992 disponha em seu art. 8º, II, alínea "g", que toda pessoa tem "o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada", no CPP brasileiro o (foracluso) direito à não autoincriminação, como outros (favor rei, da analogia in malam partem) é um mal sestro jurídico, constatado no art. 198 do CPP que traz "o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz." (BRASIL, 1941)

Tal posição torna-se perceptível nas prisões em flagrante que o adágio popular "quem cala consente" permanece intacto no sistema inquisitório nacional, em que o imputado ao tentar exercer o direito de defesa negativa, ao calar-se às interpelações da autoridade policial está de fato apenas atuando em prol da própria condenação.

Carvalho (2014, p. 109) no mesmo viés declara que

No entendimento de Aury Lopes Jr., a restrição dos supramencionados direitos fundamentais não pode ser realizada por intermédio de uma lei

ordinária, mas apenas por norma constitucional, visto que garantias de tamanha importância só podem sofrer limitações por uma norma de semelhante *status* jurídico-constitucional. Assim, a Carta Magna deveria prever a possibilidade da restrição do direito fundamental, outorgando à lei ordinária a sua regulamentação dentro dos limites constitucionais propostos.

Desta forma, entendendo-se que, como um dos meios de produção de provas, o interrogatório também é tido como um dos meios de defesa, em que oportunamente, o acusado exerce a autodefesa, com possibilidade de exercer direito ao silêncio, podendo renunciar, caso seja explicitado.

Como fonte de prova, o acusado responde às perguntas formuladas pela autoridade policial, já que estamos tratando de inquérito policial, na presença de defensor técnico (advogado), cf. art. 185 do CPP: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado." Tal direito é uma das prerrogativas inerentes ao exercício laboral dos advogados que se encontra no Estatuto dos Advogados, art. 7º, inciso XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos. (BRASIL, 1941).

Nos termos do art. 186 do CPP, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, ou seja, no prelúdio do interrogatório, o juiz deverá advertir o acusado de seu de seu direito de permanecer calado, sendo que tal silêncio, não importando em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Tal proposição, tem previsão no art. 6.º do CPP, com igual aplicação durante interrogatório policial. (BRASIL, 1941).

É o que Lopes Jr. (2014, p. 339) evidencia em relação ao contraditório na fase de imputação ou de indiciamento, como formas de acusação em sentido amplo em

que o “direito de defesa é um *direito - réplica*, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligência e vigilância policial. Nessa valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5.º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem "acusados" nessa fase, eis que não oferecida denúncia ou queixa”.

Como ressalta Carvalho (2014, p. 68):

Dentro dessa ótica processual penal, o imputado possui o direito de não colaborar com a atividade investigatório-probatória (o notório *nemo tenetur se detegere*), sendo *o calar, o ausentar, o recusar e o omitir* impassíveis de quaisquer efeitos jurídicos contrários.

Todavia o código de processo penal coloca o juiz numa posição particularmente confortável até diante da ausência do processado, preceituando a produção de provas mesmo ausente, como prevê o art. 366 do CPP que se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Vale a prevenção de que a colheita de provas antecipadas configura violação a garantia ao contraditório, bem como deturpação ao direito de defesa, agravada pela ausência de advogado (defesa técnica), os quais se encontram assegurados no art. 5.º, LV, da CF/88. Para Lopes Jr. (2014, p. 779) "o ideal é que a produção antecipada seja reservada para casos extremos, em que a prova efetivamente é relevante e sofre risco real de perecimento."

O entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) é o de que nesse caso a medida tem viés excepcional. Convenientemente, foi editada a Súmula 455 do citado tribunal, com o seguinte verbete: a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. Com isso,

sarcasticamente, convencionou-se que apenas as provas relevantes e urgentes podem ter tratamento especial, atropelando direitos fundamentais.

Neste sentido, Silva (2013, p. 68) nos diz que:

No tocante à dimensão jurídica do Código de 1941, afirmou-se a duvidosa constitucionalidade do termo "indiciado" ou acusado (grifo nosso), não pelo termo em si, mas pela repercussão do ato de indiciamento. Com efeito, tendo em vista o frágil caráter indiciário aferido e concebido por quem não seja o titular da ação penal pública, nem autoridade judiciária, precede-se a inserção do nome da pessoa investigada, com a respectiva qualificação jurídica", cf. art. 23 do CPP: Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

Atentemos que antes da Constituição de 1988, o silêncio do acusado era declaradamente admitido, mas com consequências desfavoráveis à defesa, mitigando o *nemo tenetur se detegere*. No entanto essa condição foi alterada a partir da Lei n. 10.792/2003 que acrescentou o parágrafo único ao art. 186, do CPP, que menciona "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa" (BRASIL, 1941), vedando expressamente que o silêncio do indiciado, acusado ou processado pudesse ser interpretado em desfavor da defesa técnica, ou mesmo, da autodefesa.

Com efeito, a principal celeuma a ser exposta é, justamente, a questão da ilegalidade ou legalidade questionada materialmente das medidas de intervenções corporais, principalmente a coleta de material biológico em sede de inquérito policial, uma vez que, não há quaisquer dispositivos processos-penais autorizadores de tais intervenções corporais no ordenamento pátrio. Além disso, mais que o uso da Lei n.12.037/09, regulamentada pela Lei n. 12.654/12 não deve ser utilizada como sistema de analogia ou interpretação extensiva em desfavor do indiciado, autuado e/ou suspeito de delitos que autorizem tal medida cautelar probatória.

Analiticamente, Carvalho (2014) demonstra que diversamente de outras modalidades de investigação, por exemplo, as interceptações telefônicas, “o controle de regularidade e adequação do ato judicial se posterga para um momento processual futuro, em que se analisa a admissibilidade ou não da prova, ou seja, após já consumada a restrição ao direito fundamental. Já nas intervenções corporais, em regra, a natureza é diversa, pois o objeto da diligência está constituído pelo corpo humano do imputado que se caracteriza pela inalterabilidade (sangue, cabelo, sêmen, etc).

É importante esclarecer que as intervenções podem ser classificadas segundo a doutrina, primeiramente em relação ao consentimento, como consentidas (voluntárias) e não consentidas (coativas). Sendo as consentidas tidas como as "intervenções corporais que são realizadas com o consentimento do sujeito passivo da medida" e, de outro lado "as intervenções corporais não consentidas ou compulsórias, ou seja, intervenções que, à míngua de consentimento do visado, poderiam ser realizadas sob coação." (Nicolitt, 2014, p. 16)

Segundo Nicolitt (2014) podemos ter as intervenções corporais invasivas e não invasivas, onde respectivamente, as primeiras são as que há a penetração do organismo humano, por instrumento(s) ou substância(s), em cavidade(s) quer seja natural ou não, enquanto que as segundas são as em sentido contrário conceitualmente às invasivas.

Parte da doutrina discorre sobre a questão do consentimento na produção probatória, lastreada pelo processo penal. Para Nicolitt (2014; p. 15) é indispensável que o consentimento seja livre, inadmitindo-se este de maneira tácita, especialmente por conta da historicidade do "desenvolvimento das garantias fundamentais e as práticas atuais, é prudente se exigir algum tipo de prova do consentimento por parte dos agentes, que, por exemplo, ingressam em um domicílio, sem mandado, com "consentimento do morador".

Mendes (2012) comenta que em termos jurisprudenciais houve muitos avanços desde a Constituição de 1988 em reconhecer o direito ao silêncio, que tem como titular não só o preso, qualquer acusado, denunciado ou investigado no

processo penal, como anotado no voto do HC 78.708, Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 16/04/1999:

O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional - a partir de sua mais eloqüente afirmação contemporânea em *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1996), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira - porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra autoincriminação - *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tene detegere turpitudinem suam* -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade. (p. 424)

Então, adentremos nos requisitos que, de acordo com parte da doutrina, devem ser embasados pela legalidade, jurisdiicionalidade e proporcionalidade. Nicolitt (2014, p. 19) afirma que a "doutrina destaca como requisitos legitimadores das intervenções corporais a existência de lei prevendo a medida, a decisão judicial e a aplicação do princípio da proporcionalidade." Lembrando que há autores que evidenciam a necessidade de uma audiência prévia com o indivíduo passivo, um processo judicial e a finalidade constitucional da medida.

Inicialmente teremos a regulamentação ou previsão legal, como medida imprescindível, uma vez que se trata para obtenção de provas por meio de intervenção física, invasiva e não consentida.

Para Carvalho (2014, p. 75):

Em um Estado Liberal de Direito, o princípio da legalidade sempre atrelado ao princípio da liberdade, assume caráter fundamental da ordem jurídico-constitucional. Na lição de Gustavo Zagrebelsky, a proteção da liberdade exige que as intervenções do Estado só sejam admitidas como exceção, isto é, apenas quando prevista em lei.

O segundo requisito, a decisão judicial é indispensável à intervenção corporal nestes moldes, com tamanha dimensão, a qual deverá ser fundamentada e notoriamente motivada dada a afetação dos direitos fundamentais. Nicolitt (2014) sobrevém corroborando que é unânime doutrinariamente a exigência de decisão judicial, devido a necessidade de especificação da medida, com motivação justificada, principalmente em sede jurisprudencial.

Por último, tem-se que a medida deverá ser interposta com a devida proporcionalidade, ancorados pela adequação e necessidade, como afirma Marín (2008, *apud* Carvalho, 2014, p. 77) que discorre:

Ao imergir no cerne da proporcionalidade, entende-se que a adequação é o primeiro passo hermenêutico e se traduz na verificação da idoneidade do meio utilizado em alcançar o fim desejado (e constitucionalmente lícito), ou seja, quando a medida de intervenção corporal for apta à comprovação ou ao descobrimento de fatos e circunstâncias importantes para a resolução do caso penal.

Com efeito, Carvalho (2014, p. 77) explica que:

Cabe escolher a medida que ocorra com maior brevidade possível e que menos viole os direitos fundamentais do destinatário. Por exemplo, se a prova de DNA pode ser obtida com uma amostra de saliva, resultaria desproporcional uma imposição de extração de sangue que, como cediço, é uma intervenção muito mais agressiva.

De acordo com Assis (2016, p. 262):

Conforme exposto linhas retro, a Lei n. 12.654/12 omitiu-se quanto à regulação de questões imprescindíveis, como a forma de obtenção do material genético para realização do exame de DNA (urina, sangue, pelos, unha, fios de cabelo), e em relação à possibilidade de tais medidas durante o processo criminal, dentre outras, o que só fortalece a ocorrência de regulamentação insuficiente e inidônea.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Partimos da premissa de que, para a vigência e, conseqüente validade de determinada produção normativa, a mesma deve ter compatibilidade com o texto constitucional vigente, sob pena de incidir em vício de inconstitucionalidade. Sendo assim, a norma a ser aplicada deve ser compatível com a Carta Magna, diretriz do Estado. Entretanto, há dois aspectos que devem ser considerados na análise do caráter de inconstitucionalidade, que são os aspectos formais e os materiais, que



dizem respeito aos procedimentos que são as diretrizes procedimentais e os conteúdos essenciais de cada direito que foi positivado, respectivamente.

Para Mendes (2008, p. 963):

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.

Quando a lei conflita com a Constituição ela é tida como inconstitucional e inválida. Mas se ocorrer de a lei antinômica ser anterior à Carta Política em vigor fala-se em não-recepção (ou invalidade). No caso de a lei estar em conflito com Direitos Internacionais de Direito Humano - DIDH, irrelevante se antes ou pós a Constituição, também será inválida.

Para Pizzolo et al. (2013, p. 23):

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4.º, IV, da CF/88, segundo o qual [n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais.

Perceba-se a referência aos "direitos e garantias *individuais*" pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fundamentais não-individuais e todos os outros de cunho coletivo. Nosso tema se desdobra em relação a segunda parte, que trata dos direitos implícitos, os quais provêm ou podem provir do regime e dos princípios inerentes à Constituição. Mesmo considerados de difícil caracterização, os direitos implícitos são denominados *direitos decorrentes* e segundo Mendes (2008) subdividem-se em (a) os que são obedientes ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) obedientes ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

Segundo Pizzolo et al. (2013) o princípio da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto com a prevalência dos direitos humanos) da primazia da norma mais favorável. Por dignidade da pessoa humana pode-se considerar, segundo Maria Garcia, a "compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente."

Diante disso, partimos do pressuposto fático demonstrando que a Lei n. 12.654/12 e suas inovações regulamentares, no que tange à identificação criminal e intervenções corporais estrito senso, como coleta de material biológico, utilizada como meio de produção de provas no âmago do inquérito policial, carrega o germe da inconstitucionalidade. Desse modo, entendemos que é ilegítima a extração de material biológico, e ainda mais porque tal admissibilidade ocorre sem anuência do suspeito, indiciado ou acusado, aspecto importante que foi negligenciado pelo legislador, o que não exaure o conteúdo analisado.

Além disso, nos embasamos no agravante que é a afronta aos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, principalmente porque o procedimento policial de inquérito não tem o condão de respeito à presunção de inocência, a ampla defesa e o direito de não auto-incriminação, reforçando em demasiado a inconstitucionalidade normativa em tela.

Entendemos que o inquérito policial, enquanto peça antecipatória da denúncia, própria do Ministério Público, deveria destinar-se a produzir elementos materiais intrínsecos e objetivos de uma infração penal, ou seja, razoável lastro probatório, para não ensejar numa série de implicações precipitadas, cujas consequências para quem é submetido podem ser irreparáveis sob diversos aspectos, como social e psicológico.

Na ótica de Carvalho (2014) o resultado desse embate é que temos os órgãos responsáveis pela investigação preliminar utilizando as normas constitucionais de modo diverso do Judiciário e do Ministério Público, ocasionando graves influências tanto em grau como controle do intervencionismo praticado.

Em seu próprio *habitat*, as forças policiais brasileiras operam como se fossem instituições à parte ou como se fossem instituições de outro Estado. Ou, mais precisamente, assumem-se como exceção institucional em relação à institucionalidade como conjunto ou universo. (CARVALHO, 2014, p. 128).

Diante desta celeuma, as garantias e os direitos dos imputados são interpretados no meio policial de forma totalmente restritiva, numa completa contra-força aos avanços constitucionais trazidos pela Constituição de 1988, ou seja, a atuação policial ocorre às avessas e não à toa, já que se pautam em argumentos fascista, também atrelados no Código de Processo Penal de 1941.

Ademais, segundo as previsões legais em vigor, inicialmente a Lei n. 12.654/12 que regulamentou a Lei de Execução penal, art. 9.-A e a Lei n. 12.037/09 inserindo os dispositivos art. 3.º, IV e o § Único do art. 5.º, os quais dão a autoridade competente o poder de representar ao juiz pelas coletas de DNA, temos ainda o Decreto n. 7.950/13 e, por último e não menos importante o Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG, os quais verificados, constata-se que a extração de material biológico à brasileira ocorre de forma contraditória.

De acordo com a leitura das normas em epígrafe, não há esclarecidamente um direcionamento, por exemplo, no que tange ao tipo de técnica a ser manejada na intervenção corporal, (des)entendendo-se numa duplicidade de comandos, pois a lei de execução penal trata a intervenção retrocitada como medida compulsória, ao passo que o Manual de Procedimentos Operacionais enfatiza que o material é conseguido voluntariamente dos indivíduos submetidos ao exame.

Devemos considerar que a ausência de estrita regulamentação, em consonância com o que preceitua o direito constitucional ao silêncio, presunção de inocência, como um dos efeitos consignados indelevelmente à liberdade de não autoincriminação. Nesse sentido, não poderá haver produção de provas contra o imputado a partir dele mesmo e, por conseguinte, não poderá haver coleta de material biológico, espécie do gênero das intervenções corporais em quais tipo de procedimento não esteja respaldado expressamente por lei.

Porquanto, jurisprudencialmente não vislumbramos a curto prazo entendimento do egrégio tribunal, já que o Supremo Tribunal Federal está em análise da matéria em sede de recurso extraordinário (RE) 973837 que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, permanecendo os demais casos sobrestados nas mesmas instâncias, até o final da tramitação do recurso.

A ausência de resolução de entraves concebidos pela própria legislação regulamentadora nos posiciona a constatar que estamos diante de um retrocesso paradigmático, onde para o legislador o indivíduo é tão somente um objeto em que o Estado ingere suas interferências, compulsoriamente, com o fim precípua de alcançar a satisfação na busca de uma verdade dita material ou substancial.

Um dos desenlaces são as decisões judiciais que demonstram à devida cautela em fornecer informações, mesmo que em forma de dados sobre pessoas que estejam em situação de indiciamento ou no transcurso de investigação policial, como por exemplo a negativa do Hospital de Trauma, Senador Humberto Lucena em João Pessoa, Estado da Paraíba que em resposta oficial à autoridade policial, negou informações de paciente contidas em prontuário médico, mesmo nas circunstâncias de indiciamento, conforme ofícios em anexos A, B e C.

Notoriamente, o Decreto n.º 7.950 de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos traz em seu Art. 5.º que compete ao Comitê Gestor promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos, além de definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados. (BRASIL, 2013b).

No entanto, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 12.654/12, o governo brasileiro já poria em ação a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), que a partir do ano de 2009 contava com a adesão de outros entes da federação, além da União, que por meio de acordos de cooperação técnica

pretendiam auxiliar-se mutuamente no combate ao crime e do desaparecimento de pessoas. Tal acordo de cooperação somente foi formalizada posteriormente, com o Decreto n.º 7.950 no ano de 2013. (BRASIL, 2013b).

Junto com a RIBPG veio a aprovação pelo comitê gestor do Manual de Procedimentos, aprovado em 21/11/2013, que visa promover maior segurança e confiabilidade dos dados armazenados e dos resultados extraídos das incursões genéticas, que ao mesmo tempo traz a rede de Estados vinculados, os laboratórios aceitos, bem como os requisitos de admissibilidade dos CODIS que farão parte dos bancos de perfis genéticos.

Num dos subitens do capítulo II das amostras biológica do manual de procedimentos, temos a seguinte descrição "as seguintes categorias de amostras biológicas relacionadas com os ilícitos penais ou procedimentos investigatórios podem ser inseridas na RIBPG, que será pelo software CODIS, que são oriundas de condenados (Convicted Offender), de identificados criminalmente (Suspect, Known) e de decisão judicial (Legal) além de outros.

Ironicamente ou não, o manual de procedimentos da RIBPG menciona que as "amostras fornecidas voluntariamente", como se a citação do termo fosse o abrandamento, significando o consentimento do periciado, o qual é tido especificamente como objeto de um experimento governamental, cujo intuito é o de promover uma classificação de periculosidade criminal embasada num a determinismo genético criminal, que advém da suscetibilidade criminal dos condenados e de suspeitos que futuramente se enquadraram nos perfis selecionados.

A temática está imbuída com o direito à produção de provas, derivadas da intervenção corporal, na subespécie de coleta de material em sede de inquérito policial, conforme já explanado, e que obviamente invasivas, mas que tomam sujeito como objeto, o qual passivamente ou "voluntariamente" tem seus direitos fundamentais, por exemplo, a intimidade, privacidade, honra relativizados em detrimento de um experimento governamental.

Isso por que a imposição coercitiva presume-se totalmente desfavorável ao indivíduo que não desentiu na participação na extração de DNA, uma vez que há nítido conflito de direitos fundamentais, como o *nemo tenetur se detegere*, a autoincriminação e não culpabilidade, ressaltando ainda que no bojo de procedimento administrativo sem o condão de natureza jurídica e que por isso não apresenta as características do devido processo legal, principalmente o contraditório.

Então, considerando os posicionamentos expostos, redundamos em criticar o caráter negligente como as Lei n. 12.654/12 e suas regulamentações no trato da coleta de material genético, não apresenta segurança jurídica para o imputado, tratado como objeto, ou melhor, coisificado em meio à obtenção de produção de provas, por se tratar de meio insidioso aos direitos fundamentais.

Desta feita, retornando à situação normativa das intervenções corporais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já exposto, parte da doutrina sustenta que a Lei n. 12.654/12 regulou tais medidas invasivas ao corpo humano, inclusive, autorizando a realização coercitiva em caso de dissentimento do indiciado ou condenado. (ASSIS, 2016, p. 271)

Mesmo que as circunstâncias discursivas não estejam próximo de um consenso, devido a complexidade do tema, devemos levar em consideração a recomendação da exposição de motivos do CPP que é categórica: "todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que as outras." (BRASIL, 1941).

Portanto, mesmo que a verdade seja o prêmio almejado, lastreada como uma necessidade que não se pode fugir, como se nada mais importasse, deve-se aceitar que as análises de DNA não constituem prova plena, mesmo que as probabilidades assegurem aos resultados, pois deverão estar associadas a outros elementos probatórios que dependerão de correta interpretação dos resultados por parte dos órgãos de segurança e jurisdicionais.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. S. **A garantia da não autoincriminação: extensão e limites**. Del Rey: Belo Horizonte, 2008.

AMARAL, T. B. DO. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ASSIS, E. P. DE. **Do conflito entre o direito à produção de provas e o direito a não autoincriminação: nemo tenetur se detegere: no tocante às intervenções corporais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BONATO, G. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 15 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)> . Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 4 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)> . Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial: REsp 540179SP 2003/00594128. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19590463/recurso-especial-resp-540179-sp-2003-0059412-8-stj/relatorio-e-voto-19590465?ref=juris-tabs>> . Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.037, de 1 de outubro de 2009. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 1 out. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 28 mai. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 20 jun. 2013a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm)> . Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. **Casa Civil [da] Presidência da República**, Brasília, DF, 12 mar. 2013b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Cidadania. **Manual De Procedimentos Operacionais Da Rede Integrada De Bancos De Perfis Genéticos**. Brasília, DF, 2014. 20 p. Disponível em: [www.justica.gov.br/sua-seguranca/.../manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2013.pdf](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/.../manual/manual_procedimentos_ribpg_2013.pdf)> . Acesso em: 7 ago. 2017.



CARVALHO, D. M. DE. **As intervenções corporais no processo penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DURING, Günter. **Escritos reunidos (1952 - 1983)**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón - teoría del agrantismo penal**. (Trad. Perfecto Andrés Ibañez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantero Bandrés). Madrid: Trotta, 1997.

FIDALGO, Sónia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, jan./mar.2006.

FRANÇA, G. V. DE. **Medicina legal**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

GOMES, L. F. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2164, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>> . Acesso em: 7 ago. 2017.

GOMES, A. V. **Manual do Delegado – Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015.

GRECO, R. **Código penal: comentado**. Niterói: Impetus, 2014.

HADDAD, C. H. B. A inconstitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. **Revista da EMERJ**, v. 10, n. 39. 2007.

JUNQUEIRA, I. DE C.. **ABC dos direitos humanos**. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., A. **direito processual penal**. São Paulo, Saraiva, 2014.

PIZZOLO et al. **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005

MORAES, A. DE. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arti. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2013.

NICOLITT, A. L. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NICOLITT, A. L. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: lei n. 12.654/2012**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NUCCI, G. DE S. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, G. DE S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2012.

PRADO, G. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorências no processo penal)**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003.

SCHIOCCHET, T. et al. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Brasília, DF, 2012. 92 p. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

SILVA, E. C. DA. **Manual de direito processual penal acusatório: doutrina e jurisprudência**. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, J. B. DE. **"Bafômetro", intervenções corporais e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

SOUZA, P. V. S. DE. **Direito penal genético e a lei de biossegurança: lei 11.105/2005: comentários sobre crimes envolvendo engenharia genética, clonagem, reprodução assistida, análise genômica e outras questões.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZANOTTI, B. T.; SANTOS, C. I. **Delegado de polícia em ação - teoria e prática no Estado Democrático de Direito.** Bahia: JUS PODIVM, 2016.

ZEIDAN, R. **Direito penal contemporâneo: fundamentos críticos das ciências penais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

## ANEXOS

**ANEXO A** – Resposta ao ofício n. 2502/2016 requisitando prontuário médico de paciente.



GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA  
SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE  
**HOSPITAL ESTADUAL DE EMERGÊNCIA E  
TRAUMA SENADOR HUMBERTO LUCENA**



CRUZ VERMELHA  
BRASILEIRA  
FILIAL DO RIO  
GRANDE DO SUL

Ofício Nº. 126/2016/AJ/DT

João Pessoa, 29 de março de 2016.

Ilma. Sra.

**Juvanira Holanda Linhares**

Delegada de Polícia Civil

Delegacia Geral de Polícia – Central de Flagrantes

Sra. Delegada,

Em atenção ao Ofício nº2502/2016, informamos que o paciente **Alysson Bruno Brito da Silva**, admitido nesta Unidade Hospitalar no dia 24 de março de 2016 foi submetido a procedimento cirúrgico e encaminhado à Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em estado regular.

Informamos ainda, não ser possível disponibilização de cópia de prontuário médico do referido, em virtude de decisão do 1º Tribunal do Júri da Capital, através de Ofício nº 55/2015, que determina que cópias de prontuários médicos só serão disponibilizadas mediante autorização expressa do paciente.

Segue, em anexo, cópia do referido Ofício para fins de conhecimento.

Aproveitando a oportunidade, colocamo-nos à disposição para o que entender necessário.

Atenciosamente,

**ANEXO B – Ofício 2502/2016 requisitando prontuário médico de indiciado.**

Secretaria da Segurança e da Defesa Social Delegacia Geral de Polícia 1ª Superintendência Regional de Polícia CENTRAL DE FLAGRANTES		<b>GOVERNO DA PARAÍBA</b>	
Ofício Nº2502/2016		João Pessoa, 26 de março de 2016.	
Ao (À) Senhor(a) Diretor (a) do Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena NESTA.			
Senhor (a) Diretor (a),			
Solicito a Vossa Senhoria prontuário do paciente identificado nesta delegacia, Central de Flagrantes da Capital, com o nome de ALYSON BRUNO BRITO DA SILVA, o qual foi socorrido por conta de disparos de arma de fogo, na data de 25 de março de 2016.			
Atenciosamente,  JUVANIRA HOLANDA LINHARES Delegada de Polícia Civil			

**ANEXO C – Fundamentação jurídica da entidade hospitalar ao of. 2502/2016.**

Ofício nº 55/2015  
João Pessoa, 01 de dezembro de 2015.

Ao Excelentíssimo Senhor  
**Diretor-Geral do Hospital de Traumas**  
**Senador Humberto Lucena**  
JOÃO PESSOA - PARAÍBA

Senhor Diretor:

Tendo constatado que, ultimamente, vem se constituindo praxe inaceitável a substituição do **Laudo de Perícia Médico Legal**, pelo **Prontuário Médico dos Pacientes** envolvidos em ocorrências de agressões, por parte das autoridades envolvidas no processo, **por puro comodismo e descumprimento legal**, tomo a liberdade de informar a Vossa Senhoria como abaixo se explicita:

O prontuário médico é um **documento particular, de uso restrito ao médico e ao hospital, de interesse exclusivo do paciente, constituindo-se sua divulgação atentado à privacidade.**

O artigo 1º da resolução n.º 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina, o define como o *"documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivíduo.*

A sua inviolabilidade é **responsabilidade do médico em seu consultório, ou pelos diretores de clínicas ou hospitais** nos respectivos estabelecimentos de saúde. As informações ali inseridas, se revestem de sigilo e pertencem exclusivamente ao paciente.

Constitui grave violação aos **Direitos e Garantias Individuais, ao Conselho Federal de Medicina - CFM e ao Código de Ética Médica**, a determinação coercitiva por qualquer autoridade, inclusive o magistrado, para que o **médico ou o nosocômio** forneçam cópia dos documentos do prontuário médico sem a análise do cabimento e da real necessidade de tal determinação.

Exige-se, para tanto, autorização expressa do paciente, por conta do seu direito à intimidade o qual tem plena abrangência e aplicabilidade em se tratando de prontuário médico.



Não é despidendo relatar que o direito fundamental à intimidade está insculpido na Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso X, como abaixo se transcreve:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do*

VESTÍGIO	FONTE DE DNA	POSSÍVEL LOCALIZAÇÃO
Camisas	Suor, cabelo, sangue	Axilas, gola, superfície
Boné, chapéu, máscara	Cabelo, suor, pele	Superfície interna
Copos, garrafas, latas de bebida	Saliva, suor	Bordas e superfície externa
Projetis	Sangue, tecido, cabelo	Superfície externa
Preservativos, roupas íntimas	Sêmen, células vaginais e anais	Superfície interna e externa
Luvas	Suor	Superfície interna
Unhas/mãos	Sangue, tecido, cabelo	Entre a unha e a pele
Cigarros usados	Saliva	Filtro, extremidade
Óculos	Suor, tecidos	Lentes, hastes, suporte
Envelopes, selos	Saliva	Áreas de colagem
Pentes e escovas	Cabelo, pele	Superfície e cerdas
Escova dental	Saliva	Cerdas
Colchão, sofá, banco de automóvel	Sêmen, cabelo, suor	Superfície
Travesseiro	Cabelo, pele, suor, saliva, sêmen	Superfície
Curativos	Sangue, tecido	Superfície
Armas de fogo	Suor, sangue	Superfície externa
Facas	Suor, sangue, tecido	Cabo, lâmina
Relógio e maçaneta	Suor	Pulseira e superfície
Telefone, talheres, lenços	Suor, saliva	Fone e superfície
Frutas	Saliva	Marcas e mordidas
Guardanapo, goma de mascar	Saliva	Superfície
Papel higiênico	Células vaginais ou anais, urina, sêmen, sangue	Superfície
Solados de calçados	Sangue, cabelo, tecido	Superfície da sola
Porretes e similares	Sangue, tecido, cabelo, suor	Superfície
Palito de dente, fio dental	Saliva, sangue, tecido	Extremidades e superfícies